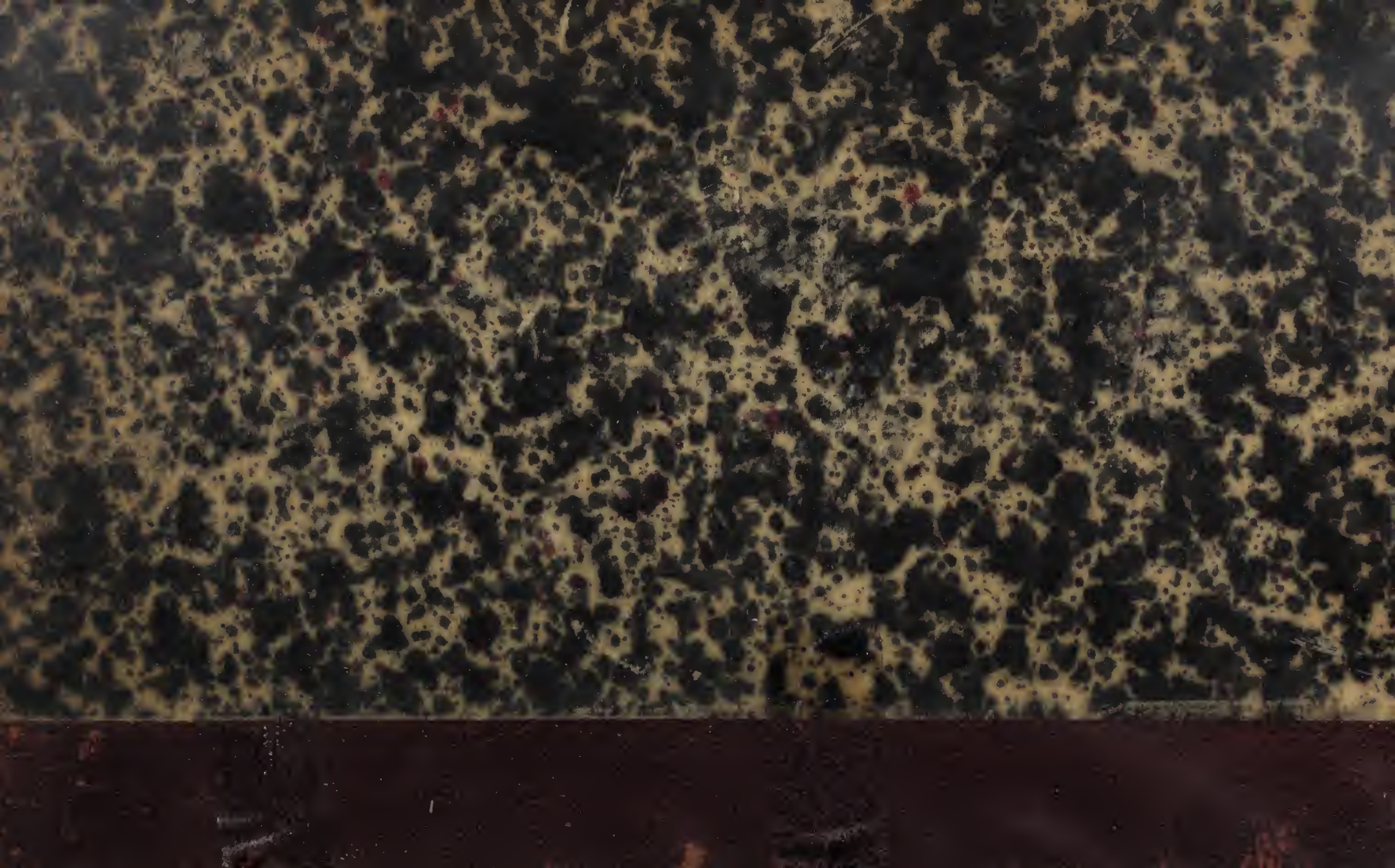


THE UNIVERSITY
OF ILLINOIS
LIBRARY
342.37
M48
v. 2

Return this book on or before the
Latest Date stamped below.

University of Illinois Library

NOV 21 1964

DEC 2 1966

L161—H41

Digitized by the Internet Archive
in 2017 with funding from
University of Illinois Urbana-Champaign Alternates

https://archive.org/details/melangespaulfred02unse

Mélanges

P. F. GIRARD

342.37
M48
v.2

14 Mar 19 stacks

Mélanges

P. F. GIRARD

Etudes de droit romain dédiées à M^r^ P. F. Girard

Professeur de droit romain à l'Université de Paris

à l'occasion du 60^e^ anniversaire de sa naissance (26 octobre 1912)

TOME SECOND

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

—

1912

Cautio Muciana

§ 1. — *Anlass der cautio*

Regelmässig fällt das Vermächtnis dem Bedachten mit dem Tode des Erblassers (seit der lex Julia et Papia bis auf Justinians aufhebendes Gesetz : mit der Testamentseröffnung), an ; ist es aber aufschiebend bedingt, so tritt der dies cedens erst mit der Erfüllung der Bedingung ein. Diese Ausnahmeregel musste bei solchen negativen Potestativbedingungen, deren Eintritt sich erst im Augenblicke des Todes des Bedachten entscheiden kann, z. B. bei der Bedingung, nicht wieder zu heiraten, zu einem unbefriedigenden Ergebnisse führen ; denn der Legatar hätte, wenn er wirklich der Bedingung gehorcht hätte, doch keinen Vorteil von der ihm zugedachten Vergünstigung gehabt. Wohl kommt sie, wenn z. B. ein Sach- oder Summenvermächtnis derartig bedingt ist, dem Erben des Legatars zu gute, da nach römischer Auffassung der Augenblick des Todes zugleich der letzte Augenblick des Lebens ist (so z. B. Papinian Dig. 35, 1, 101, 3) und darnach der Bedachte den dies cedens sterbend erlebt. Aber diese Transmission ist für den leer ausgehenden Honorierten selbst ein nur schwacher Trost, und auch er versagt, wenn etwa ein Niessbrauch vermacht ist.

Diesem Misstande half die cautio Muciana ab : Der Bedachte erwarb das vermachte Recht sofort, wenn er dem beschwerten Erben versprach, ihm das Erlangte (natürlich mit Früchten : Papinian Dig. 31, 76, 7 und Dig. 35, 1, 79, 2) im Falle der Zuwiderhandlung gegen die Bedingung herauszugeben. Das Versprechen war eine cautio, d. h. eine stipulatio, und zwar mit Stellung tauglicher Bürgen, also eine

329216

satisdatio (Javolen Dig. 35, 1, 67 und Julian L. 106 ibid.). Die gehörige Leistung der Kaution galt mithin als Erfüllung der Bedingung, oder anders ausgedrückt : Die Bedingung der Unterlassung wird in die Bedingung der Kautionsleistung (genauer : des Kautionsangebotes) umgewandelt (1).

§ 2. — *Überblick über die geschichtliche Entwicklung*

Der nachfolgende Überblick dient zugleich zur Feststellung meiner Aufgabe.

I. — Q. Mucius Scaevola hat seine cautio nur für die Bedingung : « si uxor non nubserit » (wenn die Wittwe des Erblassers nicht wieder heiratet) bestimmt (§ 4). Er hat sie nur für ein so bedingtes Legat, nicht auch für bedingte Erbeinsetzung eingeführt, und als Legat dachte er sich das Damnations —, nicht das Vindikationslegat ; er muss ferner für den Fall, dass der beschwerte Erbe die ihm gehörig angebotene Kaution nicht annimmt, gesorgt haben ; er hat endlich seinen Rechtsbehelf auf den mutmasslichen Willen des Erblassers gestützt, so dass das Recht der cautio ganz dem jus civile angehört (§ 3).

II. — Die lex Julia miscella.

Sie bestimmte, dass der Wittwe des Erblassers die Bedingung des Wittwenstandes erlassen wird, wenn sie innerhalb eines Jahres (a morte viri) heiratet und schwört, sie heirate nur um der Kindergebärung willen ; nach Ablauf des Jahres soll es beim bisherigen Rechte, d. h. bei der Muciana bleiben. Die lex Papia setzte an die Stelle des einen Jahres zwei Jahre (§ 5).

III. — In der klassischen Periode wird die cautio auf Fideikommisse ausgedehnt ; Justinian Cod. 6, 40, 3, 1 erwähnt zudem Senatsschlüsse, die sich (auch) auf die cautio

---

(1) Die Quellen über die cautio Muciana sind in diesem Aufsatze sämtlich angeführt. — Aus der neueren Literatur führe ich an : Vangerow, Pand., 7. Aufl., Bd 2, S. 124 ff. ; Scialoja im Bollett. di dir. rom., Anno 11 (1898-1900), S. 265 ff. ; Ernst Levy in Zeitschr. d. Sav. — Stift., Bd 24 (1903), S. 122 ff. ; Heumann-Seckel, Handlexikon, 9. Aufl. (1907), unter : Mucius ; P. F. Girard, Manuel, 5. éd., S. 826 N. 3 und S. 926 N. 1.

bezogen. Vielleicht ordnete eins derselben (vgl. das sc. Pegasianum bei Gajus II, 286 a) ihre Anwendung auf Fideikommisse an. Ich gehe auf diese Punkte nicht ein (bis auf eine Bemerkung im § 9 unter VI, 2, S. 30).

IV. — Etwa in trajanischer Zeit setzt eine Entwicklung ein, derzufolge alle negativen Potestativbedingungen nach Muzianischem Muster behandelt werden (§ 6).

V. — In dieser Verallgemeinerung des der cautio zu Grunde liegenden Gedankens sah Julian eine Überspannung; er setzte ihr eine Schranke, indem er die Regel aufstellte : « Die Muciana gilt nur für solche negativen Potestativbedingungen, die erst mit dem Tode des Bedachten erfüllt werden können », da gerade hierin ihre Ähnlichkeit mit dem Urfalle der cautio : « si non nubserit » bestehe. Für diese Formel ist Papinian nachdrücklich eingetreten, so dass man sagen kann : Der julisch — papischen Weiterbildung der Muciana hat sich eine julianisch — papinianische angeschlossen. Auffällig ist es, dass die Regel Julians in ihrer positiven Fassung eine nur geringe Bedeutung hat; denn die Quellen überliefern zwar einige theoretische Beispiele solcher Bedingungen, die der Regel entsprechen, aber nur ein im Leben wirklich vorkommendes, und dieses ist dieselbe Bedingung, von der Mucius ausgegangen war : « si uxor non nubserit ». Dagegen bewährt sie sich voll in ihrer negativen Fassung, indem sie solchen Bedingungen, welche die gekennzeichnete Eigenschaft nicht haben, die Muciana verschliesst (§ 7). Im Übrigen beruht die julianische definitio lediglich auf Willensauslegung, und sie muss daher dem ihr entgegenstehenden Willen des Erblassers weichen ; ebenso findet sie an dem Gesetze ihre Grenze (§ 9).

VI. — Die julianische Regel ward zwar von den Juristen angenommen ; aber die Kaiser hielten sich nicht an sie gebunden, wenn Rücksichten höherer Art gegen ihre Anwendung sprachen. So wurde sie durch wahre Ausnahmen durchbrochen. Ein besonderes Prinzip, das etwa diese Ausnahmen zusammenhielte und beherrschte, ist nicht zu erkennen (§ 8).

VII.— Justinian führte verschiedene Neuerungen ein (§ 10).

1. Die eine betraf den Urfall der cautio, also die Bedingung, dass die Wittwe des Erblassers nicht wieder heiratet. Er hob nämlich in einer Verordnung v. J. 531, Cod. 6, 40, 2, die lex Julia miscella auf und bestimmte, dass die Bedingung stets gestrichen werden, die Wittwe also von Eid und Kaution frei sein soll. Sie erwirbt das Vermachte sofort, nur mit der Massgabe, dass es, falls Kinder aus der früheren Ehe vorhanden sind, in deren Vermögen fällt und sie selbst nur den Niessbrauch erhält. Ähnlich mit Bezug auf den Wittwer L. 3 pr., § 1 C. ibid.

2. Er liess die cautio bei allen negativen Potestativbedingungen zu ; im Widerspruch hierzu überliefern die Digesten auch die julianische Regel.

3. Er dehnte die cautio auf die Erbeinsetzung aus, und zwar mittels Einschaltungen in die Digesten ; Nov. 22, 44 bestätigt diese Erweiterung.

4. Er hob seine eigenen Gesetze Cod. 6, 40, 2 und 3, pr., § 1 (oben Nr 1) schon nach 4 Jahren durch Nov. 22, 43 und 44, wieder auf.

§ 3. — *Mucius*

I. — Als Urheber der Kaution nennt Justinian Nov. 22, 43 einen Quintus Mucius Scaevola, und er setzt ihn in die Zeit vor der lex Julia miscella ; es liegt kein Grund vor, diese Angaben zu bezweifeln. Der Kaiser bezeichnet ihn als προνομοθετήσας, das soll wohl nur heissen : ante (sc. legem Juliam) jus constituit. Man nimmt allgemein an, dass der berühmteste Jurist dieses Namens, der 95 v. Chr. Konsul war und 82 ermordet wurde, der Erfinder der cautio Muciana war.

II. — Das bedingte Legat, für das die Muciana eingeführt ward, scheint das Damnationslegat gewesen zu sein. Das ist auch die Meinung Scialojas (S. 267), er hält jedoch eine spätere Ausdehnung der cautio auf das Vindikationslegat für wahrscheinlich. Dafür findet er nur zwei Zeugnisse : Javolen Dig. 35, 1, 67 und Papinian L. 73 ibid. Aber am Schlusse der ersten Stelle steht : cui legatum debuerit, und in der zweiten : heres fundum ei dedit, was auf Übereignung

hindeutet. Zudem wird in beiden das negativ bedingte Legat an X für den Fall des Zuwiderhandelns gegen die Bedingung auf Y übertragen : als Vindikationslegat kann aber das Legat an Y nicht gedacht werden, und daher wird auch das an X kein solches gewesen sein. Seit dem sc. Neronianum ist die Unterscheidung unerheblich (Scialoja a. a. O.). Aber wie wäre Mucius dazu gekommen, seine cautio gerade auf das Damnationslegat einzuschränken? Ich vermag keinen Grund zu entdecken, wenigstens keinen andern, als dass das Damnationslegat optimo jure relictum war (Gajus II, 197). Denn dass das Vindikationslegat eine Suspensivbedingung nicht zugelassen habe, wird von Mitteis (Röm. Privatr. I, S. 172 N. 2 und S. 173 zu N. 22) in Abrede gestellt.

III. — Wie wenn der beschwerte Erbe die ihm gehörig angebotene Kaution nicht annahm? Die Quellen schweigen; aber Mucius musste für diesen Fall eine Hilfe bereit gehabt haben, sonst hätte jeder Beschwerte den ihm ungünstigen Rechtsbehelf der cautio lahm legen können. Es war ein Satz des jus civile, dass jede Bedingung als erfüllt gilt, wenn der interessierte Dritte die Erfüllung vereitelt (Julian Dig. 35, 1, 24 und Ulp. Dig. 50, 17, 161). Diese Auslegungsregel wird alt und zuerst wohl für den statuliber aufgestellt gewesen sein (Ulp. IV, 4; 5; vgl. Mitteis a. a. O. S. 167 zu N. 2). Mucius wird sie sich dienstbar gemacht haben; den dolus hatte er bekanntlich auch sonst bekämpft. Im engen Zusammenhange mit obiger Regel stand die andere, dass die Bedingung als erfüllt gilt, wenn ein Dritter seine zur Erfüllung nötige Mitwirkung versagt; Pomponius Dig. 35, 1, 14, Ulp. Dig. 36, 2, 5, 5 und Paulus Dig. 28, 7, 3 behandeln sie in ihren Sabinuskommentaren. Auch sie beruht auf Willensauslegung, was Marcell Dig. 28, 7, 23 deutlich ausspricht. Diese Feststellungen mögen hier genügen. Mucius benötigte also unter Umständen eine doppelte Umdeutung der Bedingung : « si non nubserit » um seinen Rechtsbehelf durchzusetzen.

IV. — Der Rechtsgrund der cautio kann nicht zweifelhaft sein. Wenn der Mann seiner Frau ein Legat unter der Bedingung des Wittwenstandes aussetzt, so wird er eine Wittwen-

versorgung beabsichtigen. Vermutlich fanden die veteres für eine derartige Zuwendung keine passendere Legatsfassung, als die des bedingten Vermächtnisses. Die Kautelarjurisprudenz hatte damit die Abhängigkeit der Zuwendung vom dauernden Wittwenstande verwirklicht, aber sie hatte zugleich den Erwerb des Zugewendeten durch die Wittwe vereitelt (oben § 1). Wenn hier Mucius mit seiner Kaution Abhilfe brachte, so musste sie, da die Gesetzgebung offenbar nicht eingriff, im Rechte begründet sein. Und welche andere Handhabe hätte er gehabt, als den Willen des Testators ? Den von der Kautelarjurisprudenz zugunsten des Erblassers angerichteten Schaden sollte die Interpretationsjurisprudenz zugunsten der bedachten Wittwe wiedergutmachen, und Mucius brachte also nur den wahren Willen des Erblassers zur Geltung (2). Der Satz : « In condicionibus primum locum voluntas defuncti obtinet » (Ulp. Dig. 35, 1, 19, pr. ; dazu Papinian L. 101 pr. ibid.) wird in die Zeit des Mucius zurückgehen. Aber auch die Verwendung der Stipulation zu einem Zwecke, wie ihn Mucius verfolgte, wird nichts Neues gewesen sein. Er wollte den sofortigen Erwerb der Wittwe, aber unter Sicherung der Erfüllung der gesetzten Bedingung, und Sicherungsstipulationen waren gewiss schon vor dem Zeitalter unseres Juristen ein gangbares Mittel im geschäftlichen Verkehr, wie in der prozessualen Ermöglichung, Behandlung und Durchführung von Ansprüchen. So gab es schon Wege, die zur Kaution des Mucius führten ; aber dass er sie betrat, bleibt doch sein Verdienst. Ohne solche natürliche Erklärung müsste seine Tat als Wunder angestaunt werden.

V. — Gründete Mucius, wie soeben gezeigt, seine Kaution auf den richtig ausgelegten Willen des Erblassers, so musste ihre Wirkung auf dem Gebiete des jus civile und nicht des praetorium liegen, deutlicher : Die Bedingung gilt infolge der Kautionsleistung, bezw. des gehörigen Kautionsangebotes als jure civili erfüllt. Man hat das bestritten (z. B. Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II, S. 872), aber zu Unrecht.

(2) Schon längst ist diese Auffassung von Vangerow vertreten worden.

Zwar dass die lex Julia das Recht der Muciana in sich aufgenommen hat, ist kein durchschlagender Grund dafür, dass es schon vorher zivilrechtlich war, oder dass es wenigstens jetzt zivilrechtlich geworden war. Aber wäre es prätorisch gewesen, so müsste sich irgend eine Spur im Edikt oder in den Edikt-Kommentaren finden ; das ist aber nicht der Fall bis auf die inscriptio von Dig. 35, 1, 18 : Gajus 18 ad. ed. prov. (Lenel : De legatis), und dieses Anzeichen ist doch gar zu unsicher, (so mit Recht Levy, S. 124). Dagegen beweist Papinian Dig. 35, 1, 73 hinreichend die behauptete zivilrechtliche Wirkung. Der Erbe hat dem Titius nach Sicherheitsleistung das vermachte Grundstück « gegeben » (dedit) ; hinterher handelt Titius gegen die Bedingung, und der Erbe hat nun gegen ihn die actio ex stipulatu und nur diese : von der vindicatio fundi erwähnt Papinian nichts. Also war Titius quiritischer Eigentümer geworden, mag man ein Vindikations — oder ein Damnationslegat (s. oben II) annehmen, und dass im letzteren Falle der Erbe mehr getan hätte, als wozu er verpflichtet war, ist nicht nur an sich unwahrscheinlich, sondern wird durch die Stelle selbst ausgeschlossen (die Muciana entspricht der Regel, sowie : « quia nihil ei potest obici »). Erst Justinian Nov. 22, 44, 6 gibt eine vindicatio gegen den Kautionssteller.

§ 4. — *Die Bedingung des Wittwenstandes als Urfall*

I. — In der geschichtlichen Einleitung über die cautio Muciana in Nov. 22, 43 sagt Justinian von Mucius, er habe seinen Rechtsbehelf für alle Fälle einer condicio non faciendi ausgesonnen. Hierin steckt sicher eine Ungenauigkeit; denn Rechtsgeschäfte unter Lebenden kamen niemals in Betracht. Wir dürfen daher dem knappen Satze Justinians noch eine zweite Ungenauigkeit zutrauen, nämlich die, dass Mucius ganz allgemein alle negativen Potestativbedingungen in den Bereich seiner Kaution gezogen habe. In der Tat wird jene Angabe durch die früheren Verordnungen des Kaisers in Cod. 6, 40, 2 und 3 berichtigt. In L. 2 § 2 heisst es : lex Julia miscella cedat cum Muciana cautione *super hoc introducta*,

und noch deutlicher in L. 3 § 1 : Mucianam cautionem quae *super talibus* (sc. secundis) *nuptiis introducta* est. Scialoja (S. 267 N. 2) meint zwar, Justinians Worte müssten nicht gerade so eng ausgelegt werden, dass Mucius die Kaution eben nur für die Bedingung des Wittwenstandes eingeführt habe. Aber die einfachste Auslegung hat zunächst die Wahrscheinlichkeit für sich, und es ist ein alter Erfahrungssatz, dass die Anfänge menschlicher Dinge klein sind. Vor Allem jedoch wird meine Auslegung bestätigt

II. — durch Maecian 5 fideic. Dig. 36, 1, 67 (65), 1. Der Jurist geht von der condicio non nubendi aus und fährt dann fort : « Idem in ceteris quoque condicionibus Julianus noster probat, quae similiter nisi fine vitae expleri non possent ». Also die Bedingung des Wittwenstandes als Vorbild für alle übrigen ähnlichen ; letztere bedürfen der Anrufung Julians, erstere hat solche Deckung nicht nötig (3). Man mag einwenden, Julian wollte mit seiner Regel die zu weite Ausdehnung der Muciana einschränken ; man mag mir entgegenhalten, bei Maecian stehe die Erstreckung der Kaution auf das Universalfideikommiss in Frage : es bleibt doch immer dabei, dass die Bedingung « si non nubsisset » der Ausgangspunkt gewesen ist.

III. — Im Folgenden stelle ich einige Zeugnisse zusammen, die zwar nicht so deutlich reden, wie die Maecian-Stelle, die aber doch soviel ergeben, dass die Kaution später auf gewisse Bedingungen ausgedehnt worden ist, dass also eine bestimmte Bedingung oder auch deren mehrere das Muster abgaben.

1. Ulpian Dig. 35, 1, 7, pr. Wozu sonst die Fülle von Autoritäten ?

2. Papinian Dig. 35, 1, 73 : « cum in omnibus condicionibus, quae morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur » ; wie ich, hat schon Bremer, Jurispr. Antehadr. I, S. 79, geschlossen.

---

(3) Einwurf : Verweist nicht Terentius Clemens Dig. 35, 1, 62, 2, für « si non nubserit » doch auf Julian ? Nein ; die Bedingung lautet wesentlich anders : « si *a liberis* ne nubserit ; s. unten § 9 unter I, 1, S. 26.

3. In zwei anderen Stellen, in denen es sich nicht um das bedingte Legat an die Wittwe handelt, spricht Papinian vom exemplum Mucianae cautionis : Dig. 35, 1, 77, 2 und 72, 2. Seckel (-Heumann) unter exemplum 3) übersetzt das Wort mit « Rechtsmittel » ; aber andere Belege für diese Bedeutung ausser den beiden genannten Stellen hat er nicht. Ich verstehe unter exemplum Vorbild oder Muster und lasse Papinian an analoge Anwendung denken, wobei ich seinen bekanntlich merkwürdigen Stil berücksichtige. In L. 72 § 1 D. ibid. sagt Papinian zur Abwechslung : velut Muciana cautio ; die Gleichung velut = exemplum kehrt z. B. Dig. 43, 18, 1, 2 wieder. Aber alle drei Stellen leisten doch nicht denselben Dienst, wie die unter Nr 1 und 2 genannten ; denn für Papinian bilden das Muster alle Bedingungen, die der julianischen Regel entsprechen, während wir nach dem Urfalle gerade dieser suchen.

4. Das Urbild, das die Stellen unter 1 und 2 voraussetzen, hat uns schon Maecian (oben II) enthüllt ; liesse es sich nicht auch ohne Maecians Führung entdecken? Julian konnte seine Regel natürlich nur aus einem Falle ableiten, der ihr ebenfalls unterliegt. Nun weisen die Quellen nur drei Bedingungen, auf die diese Regel passt, auf (s. § 7 unter II). Zwei sind rein theoretische Schulbeispiele (« si in Capitolium non ascenderit » und « si in Asiam non venerit »), und nur die dritte kommt wirklich im Leben vor, und das ist die Bedingung : « si uxor non nubserit ».

§ 5. — *Die lex Julia miscella*

Über die hier einschlagenden Bestimmungen der lex Julia belehrt Justinian an zwei Stellen : Cod. 6, 40, 2 ; 3 und Nov. 22, 43 ; ausführlicher ist der letztere Bericht. Nach ihm soll der Wittwe des Erblassers die Bedingung des Wittwenstandes erlassen werden, wenn sie innerhalb eines Jahres heiratet und schwört, dass sie um der Kindergebärung willen wieder heirate ; sonst soll das bisherige Recht, also das Recht der cautio Muciana, in Kraft bleiben. Dazu kommen noch die Kaduzitätsvorschriften, die ich aber ausser Acht lasse.

I. — Das Jahr begann nach der lex Julia a morte viri zu laufen (Ulp. XIV). Das war nur ein sehr kurzer Zeitraum ; denn die ersten zehn Monate durfte die Wittwe wegen ihrer Trauerpflicht bei Strafe der Infamie nicht zur neuen Ehe schreiten. Wohl deshalb hat die lex Papia die Frist auf zwei Jahre verlängert (Ulp. l. c.). Justinian Nov. 22, 44, 1 hat den annus für seine neue Bestimmung wiederaufgenommen ; er deckt sich mit dem Trauerjahr von zwölf Monaten (seit Gratian Cod. 5, 9, 2).

II. — In einer Reihe von Digestenstellen wird im Falle des Vermächtnisses unter der Bedingung « si non nubserit » dahin entschieden, dass die Frau Anspruch auf das Vermachte hat, auch wenn sie heiratet. Hier ist nun zu unterscheiden, ob die Bedachte die Wittwe des Erblassers oder eine andere weibliche Person ist ; nach der lex Julia gelten im ersten Falle die obigen Bestimmungen, im zweiten wird die Bedingung einfach gestrichen. Beide Fälle sind in den Digesten nicht immer auseinanderzuhalten, da die Bedachte nicht überall deutlich genug gekennzeichnet ist. Öfters wird sie nur mulier genannt, was an sich auf beide Fälle passt. Aber auch die « viduitas indicta (injuncta) » deutet nicht notwendig auf den ersten Fall hin ; denn einmal ist vidua auch diejenige Frau, die nie verheiratet war (Dig. 50, 16, 242, 3), und sodann kann man ja auch der Wittwe eines Andern den Wittwenstand auferlegen (4).

Wenn nun aber in einer Digestenstelle gerade die Wittwe des Erblassers als Vermächtnisnehmerin vorausgesetzt und gesagt wird, dass sie das Vermachte erwirbt, auch wenn sie geheiratet hat, so entspricht diese Entscheidung wohl der Verordnung Justinians in Cod. 6, 40, 2, aber nicht der lex Julia et Papia. Der klassische Jurist hatte vielmehr zwei-

(4) Für die viduitas injuncta in letzterem Sinne verweise ich auf Terentius Clemens Dig. 40, 9, 31 : es lag höchstens Konkubinat vor. Hierzu folgende Beobachtung. Lenel Paling. hat Buch 4 und 5 des Kommentars dieses Juristen zur lex Julia et Papia überschrieben : « De viduitate indicta 1 und 2 ». Nun handelt Buch 4 von der viduitas *uxori* indicta : Dig. 35, 1, 62, pr. (mit L. 61) und § 2 ; die Stellen des fünften Buches dagegen, Dig. 35, 1, 64 pr., § 1 ; Dig. 40, 9, 31, ergeben die Beschränkung auf die uxor nicht ; in Buch 5 waren also die übrigen Fälle der auferlegten Ehelosigkeit besprochen.

fellos geschrieben : « si intra biennium nubserit et juraverit procreandae subolis gratia ad secundas nuptias se venisse, aut si intra biennium non nubserit et cautionem Mucianam praestiterit » (oder ähnlich).

Im Folgenden verteile ich die hierhergehörigen Digestenstellen auf die oben genannten beiden Fälle, soweit es geht.

A. Die von Justinian gekürzten Stellen (erster Fall).

1. Julian Dig. 35, 1, 22.

Die Bedachte wird nur mulier genannt ; aber die Worte : « commode statuitur » zeigen deutlich den Eingriff Justinians an. Zu ihm war er natürlich nur veranlasst, wenn Julian anders entschieden hatte, und dieser hatte also geschrieben : « si intra biennium nubserit ». Da in diesem Falle der Wittwe die Bedingung des Wittwenstandes erlassen wird, so wird sie auch von dem ihr strafweise auferlegten Fideikommiss befreit.

Als Fortsetzung und Ergänzung dieser Julian-Stelle ist

2. Gajus Dig. 32, 14, pr. zu denken.

Hier ist die uxor ausdrücklich als solche erwähnt. Wenn sie das Vermachte herausgeben muss, so hat sie es auf grund der cautio M. zu tun, weil sie post biennium geheiratet hatte. Justinian musste diese Begründung natürlich streichen, aber er durfte auch die Entscheidung selbst nicht stehen lassen. So löst sich der scheinbare, nur von ihm verschuldete Widerspruch zwischen Julian und Gajus.

3. Julian bei Terentius Clemens l. 4 ad leg. Jul., Dig. 35, 1, 62, 2.

Nach dem S. 10, N. 4 Gesagten ist auch diese Stelle reinigungsbedürftig.

4. Maecian Dig. 36, 1, 67 (65), 1.

Die « mulier » soll nicht heiraten. Da am Schlusse der Stelle Julian für die übrigen Fälle der Muciana dasselbe billigt, so muss auch die Kaution der mulier vorher erwähnt worden sein ; die Frau ist also die Wittwe des Erblassers, eine andere hätte keine Kaution zu leisten brauchen.

5. Papinian l. 7 respons., Dig. 35, 1, 77, 2.

Wieder die mulier ! Aber der § 2 selbst, wie auch der § 1, erwähnt die Muciana. Zudem sind die Worte ; « die legati

cedente » nur dann verständlich, wenn man vor sie die Worte setzt : « (si mulier nubserit) intra biennium et juraverit... aut cautionem M. praestiterit » ; denn damit erfüllt sie die Bedingung für das ihr hinterlassene Fideikommiss und folglich auch die Bedingung für das Legat an Titius. Der Jurist konnte also wohl sagen : Die Frau kann das Fideikommiss fordern, *weil* auch der dies legati cedens eingetreten war.

6. Papinian 32 quaest., Dig. 35, 1, 74.

« Si mulier nubserit » hat nur dann rechten Sinn, wenn es die Wittwe des Erblassers war; denn sonst wird die Bedingung gestrichen, ganz gleichgiltig, ob die Frau geheiratet hat oder nicht (5).

B. Zweifelhaft, ob erster oder zweiter Fall.

1. Gajus l. 3 ad leg. Jul., Dig. 35, 1, 63, 1 ; Lenel : De viduitate indicta.

Die Stelle, die übrigens in Ordnung ist, gibt keine Auskunft darüber, wer die vidua ist.

2. Papinian l. 7 respons., Dig. 35, 1, 100.

Die Frau wird vidua genannt, und die Stelle stammt aus demselben Buche der Responsen, wie die besprochene L. 77 § 2 ibid. (oben A, 5). Aber die Entscheidung trifft auch dann zu, wenn einer fremden Frau das Vermächtnis zugewendet ist, weil es auch dann zweifelhaft sein könnte, ob sie, wenn sie heiratet, 100 oder 200 oder gar 300 fordern kann.

C. Bedingtes Vermächtnis an eine fremde Frau (zweiter Fall).

1. Julian bei Terentius Clemens l. 5 ad leg. Jul., Dig. 35, 1, 64, 1.

---

(5) Auch sonst ist die Stelle überarbeitet worden. « Legatum repudiet » ist interpoliert, weil ja die Bedingung des Legates an Titius ausgefallen ist, was Justinian selbst feststellt. Ferner hatte Papinian geschrieben : Der Teil, der auf Titius fiele, den er aber nicht erhält, weil die Bedingung für sein Legat ausgefallen ist, kommt nicht an die Frau, weder solange Titius lebt und keine capitis deminutio erleidet, noch auch wenn er stirbt oder capite minuiert wird ; denn die Frau soll nach dem Willen des Erblassers auf jeden Fall nur die Hälfte erhalten. Diese Ergänzung ergibt sich mit Hilfe von fr. Vat. 58 von Paulus ; dessen Worte wiederherzustellen wage ich nicht.

Zu dieser Stelle habe ich schon S. 10, N. 4 das Nötige gesagt; wegen der fraus legis vgl. Papinian L. 79 § 4, D. ibid.

2. Papinian Dig. 35, 1, 72, § 4, § 5.

Die Worte : « ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur » und : « quia tamen suspensa quoque (sc. condicio) pro nihilo foret » beweisen, dass die Bedingung völlig gestrichen werden soll; das passte auf die Wittwe des Erblassers nicht. Für § 5 dürfte die Nachbarschaft mit § 4 dasselbe ergeben (?).

III. — In einigen der oben II A angeführten Digestenstellen wird eine « lex » erwähnt, nämlich Dig. 35, 1, 62, 2 und 74, dazu 64, pr. Das Wort lässt hier eine doppelte Auslegung zu. Denn im Sinne der klassischen Juristen ist die lex die Julia, im Sinne Justinians dagegen Justinians eigenes Gesetz Cod. 6, 40, 2. Für Dig. 35, 1, 63, 1 müsste dasselbe gelten, wenn ein Legat an die Wittwe des Erblassers gemeint wäre (o. oben II, B. 1).

§ 6. — *Die klassische Jurisprudenz vor Julian*

Die Digesten bezeugen für die Anwendung der Muciana eine Regel, nach der sie auf solche negativen Potestativbedingungen beschränkt ist, deren Erfüllung nur in das Ende der Lebenszeit des Bedachten fallen kann, weil erst dann ein Zuwiderhandeln gegen das in der Bedingung ausgesprochene Verbot unmöglich geworden ist. Nicht zu dieser Gruppe gehört nun eine Bedingung, mit der sich dieser Paragraph beschäftigen wird, nämlich die Bedingung : « si servum non manumiserit », d. h. wenn der Vermächtnisnehmer seinen eigenen Sklaven (6) nicht freigelassen haben wird; denn diese Bedingung kann schon vor dem Tode des Bedachten erfüllt werden, weil der Sklave vor ihm sterben kann. Und doch gibt es zwei Stellen, die auch für diesen Fall die Zulässigkeit der Muciana unleugbar bekunden :

(6) Der Vermächtnisnehmer kann ihn erst vom Testator durch ein pures Vindikationslegat erworben haben.

Javolen Dig. 35, 1, 67 und Ulpian L. 7 pr. ibid. (nach Aristo, Neratius, Julian, Pius?). Beide Stellen geben nicht den kleinsten Fingerzeig, weshalb hier von der obigen Regel abgewichen wird, und man hat deshalb nach dem Grunde dieser « offenbaren Ausnahme » gesucht. M. E. ein vergebliches Bemühen! Denn jene Regel ist erst von Julian aufgestellt worden, und demnach konnten Javolen und die beiden andern, von Ulpian zitierten vorjulianischen Juristen Aristo und Neratius sie nicht kennen. Um so wertvoller sind beide Stellen für die Entwicklungsgeschichte ; denn sie allein lassen uns einen Einblick in das Recht der Muzianischen Kaution, wie es vor Julian bestand, tun (7).

Bevor ich diese ihre Bedeutung beweise, will ich zu den bisherigen Erklärungen noch eine neue hinzufügen, freilich um sie zugleich zu verwerfen ; und sodann muss ich, unter Übergehung aller anderen, von Levy S. 135 als unhaltbar erwiesenen Ansichten, die allein ernst zu nehmende Erklärung Levys selbst zu widerlegen suchen.

I. — Es wäre denkbar, dass der Beschwerte und der Bedachte durch freiwilligen Vertrag den Fall mittels der Kaution geregelt hätten ; gewiss waren sie berechtigt, von der nur dispositiven Vorschrift, die oben als Regel bezeichnet worden ist, abzugehen. Aber in keinem der beiden Zeugnisse wird dieses für die Beurteilung erheblichen Umstandes gedacht, im Gegenteil in beiden erscheint die Anwendung der cautio ganz normal.

II. — Manche Schriftsteller hatten die Meinung ausgesprochen, die cautio unseres Falles solle den Sklavenmord verhindern. Denn bringt der Bedachte seinen Sklaven um, so kann er nicht mehr gegen die Bedingung handeln, ist sie also erfüllt; wird ihm aber das Muzianische Hilfsmittel gewährt, so wird er sich hüten, sich seines Sklaven, der doch auch einen (vielleicht nicht geringen) Wert hat, zu entledigen : er behält diesen und erhält obenein das ihm Vermachte.

---

(7) Ganz anders liegt die von Levy hinzugezogene Bedingung : « si servum hereditarium non alienaverit » in Dig. 28, 7, 4, 1 ; s. über sie den § 10 unter II, 5, S. 32.

Diesen Gedanken hat Levy S. 136 ff. aufgenommen und in fast bestechender Weise ausgeführt. Und doch sind seine Voraussetzungen teils unbewiesen, teils unrichtig. Seine Beweisführung geht von der bekannten Verordnung des Kaisers Pius über den Schutz der Sklaven aus ; L. 7 pr. cit. beweise, dass er auch die Muciana dazu verwendet habe : Wohl möglich. Aber doch sei schon vor ihm, nämlich in trajanischer Zeit (Aristo, Neratius, Javolen), die Zulässigkeit der cautio in unserem Falle herrschende Meinung gewesen — Pius hätte sie also, wird man einwerfen, ganz überflüssigerweise « sanktioniert », — und daraus erkläre sich die « auffallende Erscheinung », dass weder die Juristen, noch der Kaiser ein Wort über den Grund der regelwidrigen Kaution verlören. Levy ist entgangen, dass sich auf diese Weise jede Behauptung beweisen lässt ; und wenn er hinzufügt, sie hätten alle aus Furcht vor den Sklavenbesitzern den Grund verschwiegen, so stützt er eine unwahrscheinliche Hypothese durch eine um Nichts glaubhaftere. Was aber die Hauptsache ist : Levys Grundgedanke schlägt nur durch, wenn der Sklave überhaupt einen Wert hatte, der Erblasser also etwa zur Strafe für ein Vergehen seine Freilassung untersagt hatte. Wie aber, wenn der Sklave altersschwach war und der Erblasser ihm durch die Bedingung das Gnadenbrod sichern wollte, während die Freilassung ihn dem Hungertode preisgäbe ? Dann leistete der Vermächtnisnehmer die Kaution, erwarb das Vermächtnis und beseitigte doch in aller Stille den für ihn wertlosen und ihm nur Kosten verursachenden Sklaven !

III. — Meine Meinung geht dahin, dass die Juristen des trajanischen Zeitalters der julianischen Regel vorgearbeitet haben ; denn ihnen kommt das Verdienst zu, die cautio Muciana über ihren Urfall hinaus überhaupt erst ausgedehnt zu haben, da sich keine Spur findet, dass schon vor ihrer Zeit das Gebiet der Muciana erweitert worden war. Die Bedingung : « si uxor non nubserit » ist eine negative Potestativbedingung : darin erkannten sie ihr wesentliches Merkmal, und darum fanden sie es folgerecht, die cautio auf alle Bedingungen von derselben Eigenschaft, d. h. auf

alle condiciones non faciendi zu erstrecken. Nach Julians Ansicht hatten sie aber damit die an sich billigenswerte Verallgemeinerung zu weit getrieben ; denn sie hatten das zweite Begriffsmerkmal, das der Muzianischen Urbedingung eignet, übersehen, und deshalb schränkte Julian, die Reform auf ihr richtiges Mass zurückführend, die Muciana auf diejenigen negativen Potestativbedingungen ein, die nicht vor dem Tode des Bedachten erfüllbar sind.

1. Den stärksten Beweis für den gekennzeichneten Standpunkt der Vorgänger Julians sehe ich in dem Zeugnisse Javolens, Dig. 35, 1, 67 cit. ; es erregt an keiner Stelle einen Interpolationsverdacht. Mit um so grösserer Sicherheit muss betont werden, dass Javolen in der Anwendung der Kaution auf die Bedingung : « si servum non manumiserit » nichts Besonderes findet ; sie ergibt sich ihm als etwas ganz Selbstverständliches. Das ist eben nur daraus zu erklären, dass er die genannte Bedingung als der Bedingung : « si uxor non nubserit » in dem wesentlichsten Punkte ähnlich auffasst.

2. Aber auch Ulpian Dig. 35, 1, 7, pr. führt zu demselben Ergebnisse ; die Stelle lautet, soweit sie hierher gehört :

> Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta « si in Capitolium non ascenderit », « si Stichum non manumiserit » et in similibus : et ita Aristoni et Neratio et Juliano visum est ; quae sententia et constitutione divi Pii comprobata est.

Freilich so glatt lässt sie sich nicht erledigen.

a) Gemeint sind alle condiciones non faciendi. Man könnte die ersten Worte auch so übersetzen : « bei Bedingungen, die auf ein Nichttun abgestellt, wie, wenn er nicht... », ob eben nur die genannten Bedingungen unter das Recht der Muciana fielen ; aber der Zusatz : « et in similibus » macht eine solche einschränkende Auslegung unmöglich (8).

b) Levy S. 130 ff. hält die Anfangsworte : « Mucianae —

(8) Vgl. auch Levy S. 132.

conceptae » für justinianisch. Seine stilistischen und grammatischen Bedenken teile ich nicht unbedingt; aber in der Tat hat Justinian bei *allen* negativen Potestativbedingungen die Kaution zugelassen. Mag man den Satzteil streichen! Ich komme auch ohne ihn aus.

c) Die Anführung der vier Autoritäten ist recht summarisch. Welche konkrete Bedingung hatte jeder einzelne Jurist und der Kaiser im Auge? Ich nehme an, dass die Kompilatoren, wie so häufig, den ausführlichen Bericht Ulpians stark gekürzt und die Verschiedenheit der Aussprüche der Gewährsmänner Ulpians verwischt haben.

α) Denn sicher ist Julian in falscher Gesellschaft. Dass er gegen seine eigene, so scharf formulierte und so kräftig betonte Regel die Bedingung : « si servum non manumiserit » unter das Recht der Muzianischen Kaution gestellt habe, ist undenkbar (so auch Levy), es sei denn dass er die von Ulpian zitierte Stelle zu einer Zeit geschrieben hat, als er seine Regel noch nicht abstrahiert hatte und demnach noch auf dem Standpunkte der trajanischen Juristen stand.

β) Pius hat entweder die julianische Regel bestätigt, oder er hat für die Bedingung : « si servum non manumiserit » eine Ausnahme von ihr statuiert (s. unten § 8 unter I); jedenfalls ist der Inhalt seiner Konstitution ganz ungewiss.

γ) So bleiben als Zeugen für die von Ulpian genannten Bedingungen nur Aristo und Neratius übrig. Die Bedingung : « si in Capitolium non ascenderit » lehrt, dass beide Juristen das Recht der Muzianischen Kaution überhaupt ausgedehnt haben. Die zweite Bedingung : « si servum non manumiserit », die so harmlos neben die erste gestellt ist, zeigt in Verbindung mit den « similes », dass das ausgedehnte Kautionsrecht in der Tat alle condiciones non faciendi ausnahms- und unterschiedslos ergreifen sollte. Derselbe Befund, der sich aus der Javolen-Stelle (oben S. 16 unter 1) einwandlos ergeben hatte!

IV. — Über die Anwendung der Kaution auf die condiciones non faciendi schlechthin in Dig. 35, 1, 18 (Gajus) und Dig. 35, 1, 79, 3 mit Dig. 31, 76, 7 (Papinian) s. unten § 10, I, 2, S. 31.

§ 7. — *Die julianische Regel*

Im Verlaufe dieser Abhandlung sind wir der julianischen Regel schon mehrfach begegnet. Es ist auch bereits (§ 6) festgestellt worden, dass die so bezeichnete Regel den vorjulianischen Juristen unbekannt war. Jetzt soll der positive Beweis für ihren Inhalt, sowie für die Urheberschaft Julians und für die Gefolgschaft der Juristen, namentlich Papinians, erbracht werden.

I. — Zunächst lasse ich die beiden Hauptstellen, in denen die abstrakte Regel formuliert wird, folgen ; die übrigen, eine bestimmte Nutzanwendung machenden Stellen werden aus systematischen Gründen unter III aufgezählt werden (9).

1. Julian (l. 40 digest. : De fideicommissis 2, Lenel) bei Maecian l. 4 fideic., Dig. 36, 1, 67 (65), 1.

Maecian geht von der condicio non nubendi aus und fährt dann fort : « Idem in ceteris quoque condicionibus Julianus noster probat, quae similiter nisi fine vitae expleri non possent ». Aus der ersteren Bedingung also leitete Julian seine Regel ab (« similiter »), was hier nochmals betont sei.

2. Papinian 19 quaest., Dig. 35, 1, 73 : « in omnibus condicionibus, quae morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur ».

II. — Als konkrete Bedingungen, die dieser Regel entsprechen, werden in den Quellen nur drei aufgeführt :

1. Eine wirklich praktische Bedingung, nämlich der Urfall : « si uxor non nubserit ».

Die Zeugnisse sind oben im § 5 aufgezählt. Freilich ist die Beziehung zur Muciana nur in wenigen deutlich, weil sie Tribonian gemäss Cod. 6, 40, 2 überall auslöschen musste ; immerhin ist der Zusammenhang mit der Muciana noch erkennbar in Dig. 36, 1, 67 (65), 1, Dig. 35, 1, 77, 2 und zur Not in Dig. 32, 14, pr. und Dig. 35, 1, 62, 2, erster Fall.

2. Zwei bloss theoretische Schulbeispiele :

a) « si in Capitolium non ascenderit » : Dig. 35, 1, 7, pr. und Dig. 40, 4, 61, pr.

(9) Die Stellen finden sich auch bei Levy S. 124 f.

b) « si in Asiam non venerit » : Dig. 35, 1, 73.

3. Die beiden letzteren Schemata liessen sich ja leicht durch praktische Tatbestände ausfüllen, heute etwa so : « wenn er kein Luftschiff bestiegen, wenn er nicht nach Amerika auswandert ». Aber hätten die römischen Juristen ein derartiges Beispiel zur Hand gehabt, so hätte es sich mindestens in den kasuistischen Werken erhalten und in die Kompilation hinüberretten müssen. In ihrer positiven Fassung führt also die Regel Julians nicht über Mucius hinaus : Ein gewiss überraschendes Ergebnis !

4. Die unter 1 und 2 angeführten Beispiele genügen den Anforderungen der julianischen Regel ; denn verständigerweise rechnen die Römer nicht mit dem Aussterben des männlichen Geschlechts, mit dem Verschwinden des Kapitols (des Kapitolinischen Tempels) und dem Weltuntergange.

5. Nicht hierher gehört Papinian Dig. 35, 1, 71, 2 : « ut a monumento meo non recedat » oder « uti in illa civitate domicilium habeat », beides negativ gewendet : « er soll keinen andern Wohnsitz nehmen ».

Die Fassung der Verfügung des Testators zeigt, dass keine Bedingung, sondern eine Auflage (modus) gemeint ist, wie auch im pr. und im § 1 ibid., nur dass im § 1 die Auflage ausnahmsweise condicio genannt wird (Pernice, Labeo III, 1, S. 29). Nun sagt zwar Caracalla Cod. 6, 45, 1 : « In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro condicione observatur », und deswegen könnte man glauben, die in L. 71 § 2 genannte cautio wäre die Muciana, die nur deswegen ausgeschlossen werde, weil die Beschränkung der Freizügigkeit gegen die guten Sitten verstiesse. Indes wäre dieser Schluss verfehlt ; die cautio kann keine andere sein, als diejenige, die Papinian auch im pr. und im § 1 im Sinne hat, und gerade die in diesen beiden Fällen genannten Auflagen verlangen kein (blosses) Unterlassen. Vielmehr ist die cautio die bei Auflagen gewöhnliche, und sie unterscheidet sich von der Muciana in dem wesentlichen Punkte, dass sie Erfüllung der Auflage in erster Linie zusagt, während die Muciana die Herausgabe des Empfangenen sichert (Pernice S. 37).

III. — Die Kehrseite der julianischen Regel ist der Satz : « Der Bedachte kann die Vergünstigung des Muzianischen Sicherungsversprechens nicht beanspruchen, wenn der Eintritt der Bedingung schon vor seinem Tode möglich ist ». Gerade mit dieser Umkehrung der positiven Regel setzte Julian der Ausdehnung, die, wie wir im § 6 sahen, die trajanischen Juristen der Muciana gegeben hatten, eine Schranke ; seine Absicht war dabei, die Anwendung der Kaution gegen den wirklichen oder mutmasslichen Willen des Erblassers zu verhüten (Näheres im § 9). Eigentlich nur um dieser negativen Seite willen ist die Regel von praktischer Bedeutung ; denn nach der Überlieferung hat sie in ihrer positiven Fassung der Kaution kein weiteres Feld gewonnen, als dieser von Anfang an abgemessen war (oben S. 19, II, 3).

Nach obiger negativ gewendeten Regel haben Julian und Papinian in folgenden Fällen entschieden.

1. Julian Dig. 35, 1, 106.

Die Bedingung : « si Titio non nubserit » ist nach klassischem, wie justinianischem Rechte giltig ; denn sie legt der Frau nicht die Wittwenschaft auf (10). Da Titius vor ihr sterben kann, so ist es für Julian folgerichtig, ihr das Recht auf Kautionsleistung zu versagen.

Im Schlussatze ist « nihilo minus » anstatt « nihilo magis » verlesen (so schon Fuchs, Krit. Studien, S. 27, N. 41). Diese Textänderung, die auch von den Worten : « sed et » gefordert wird, ergibt den guten Sinn, dass die Frau, wenn sie einen Andern heiratet, um nichts mehr, d. h. ebensowenig vor dem Tode des Titius das Vermächtnis erwerben kann ; denn sie kann vielleicht immer noch nach Auflösung der ersten Ehe den Titius heiraten.

2. Papinian Dig. 35, 1, 101, 3.

Die Schwiegermutter wollte ihrer Schwiegertochter eine Versorgung für den Fall, dass ihr Sohn in der Ehe stirbt oder sich von seiner Frau ohne deren Schuld scheidet, zukommen lassen. Sie setzt ihr daher etwas unter der Bedingung aus : « si cum filio meo in matrimonio perseverave-

(10) So auch Gajus Dig. 35, 1. 63, pr.

rit », negativ ausgedrückt : « si non divorterit ». Papinian lässt die Muciana nicht zu, quia morte viri condicio possit exsistere. Diese Entscheidung erklärt sich zwanglos aus dem letzten Willen ; aber es war bequemer, sie auf die julianische Regel, die ja nur Auslegungsregel war, zu stützen.

3. Papinian Dig. 35, 1, 72, 2.

Der Testator hat mittels Universalfideikommisses angeordnet, dass nach dem Tode des Erben die Erbschaft an X herausgegeben werden soll ; zugleich wollte er den Erben von der Verpflichtung, die cautio fideicommissorum servandorum causa zu leisten, befreien. Diese Befreiung konnte er vor Marcus auf geradem Wege nicht erreichen ; denn jene cautio wurde gerade so, wie die cautio legatorum serv. c., behandelt, und letztere war als prätorische Stipulation nicht erlassbar. Marcus aber gab dem Testator das Recht des Erlasses (11). Vor dieser Neuerung konnte der Erblasser den Erlass der Kaution höchstens mittelbar vorschreiben, nämlich durch die in unserer Stelle genannte Bedingung : « si fideicommissi cautio non fuisset petita ». Auch hier lehnt Papinian die Muciana ab, quoniam vivo eo, cui relictum est, impleri condicio potuit, d. h. der Erbe kann vor dem Fideikommissar sterben.

Die Begründung Papinians ist hier noch auffallender, als im vorigen Falle : er scheint rein formal die julianische Regel zur Anwendung zu bringen. Man sollte meinen, gerade für den vorliegenden Fall hätte es am nächsten gelegen, aus dem Willen des Testators heraus die gleiche Entscheidung zu treffen ; hatte dieser doch ausdrücklich erklärt, dass erst nach dem Tode des Beschwerten der Fideikommissar den Nachlass erhalten soll. Billigte man letzterem die Muciana zu, so hiesse dies gröblich gegen den Willen des Erblassers verstossen. Warum also nimmt Papinian den unnötigen Umweg über die julianische Regel ? Offenbar, weil sie nur eine Auslegungsregel sein sollte und daher durch den entgegenstehenden Willen des Erblassers entkräftet wurde.

---

(11) Cod. 6, 54, 2 und 3 ; Papinian Dig. 35, 1, 77, 3 ; Marcian Dig. 36, 3, 12 ; übersehen in Dig. 35, 1, 103 (Paulus).

Mit dem entgegenstehenden Willen aber deckte sich regelmässig die julianische Regel in ihrer negativen Fassung, und deshalb war es dasselbe, ob man die Entscheidung auf sie oder unmittelbar auf den Willen gründete. Ein so eifriger Verfechter der Regel, wie Papinian, zog den ersteren Weg vor.

4. Papinian Dig. 35, 1, 72, pr.

Der nämliche Grund, wie vorher! Die Stelle muss im folgenden § 8 unter II näher besprochen werden.

IV. — Nicht nur Papinian, sondern auch die übrigen Juristen des julianisch-papinianischen Zeitalters hatten sich zu der Regel des grossen Rechtserneuerers bekannt. Denn

1. Maecian Dig. 36, 1, 67 (65), 1 ist ihr beigetreten;

2. Papinian Dig. 35, 1, 73 sagt von ihr: « receptum est »;

3. Papinian Dig. 35, 1, 72, pr. lässt durchblicken, dass nicht nur er, sondern auch die übrigen Kronjuristen Severs der strikten Durchführung der Regel das Wort redeten (s. § 8).

§ 8. — *Die Kaiser und die julianische Regel*

Die Regel Julians hatte es in der Jurisprudenz zur unbedingten Herrschaft gebracht; die Kaiser dagegen liessen sich nicht in ihre Fessel schlagen, sondern sie wichen selbstherrlich von ihr ab, wo es ihnen billig zu sein schien.

I. — Möglich, dass schon Pius nach Dig. 35, 1, 7, pr. die Regel bei Seite schob, als er über ein Vermächtnis mit der Bedingung: « si servum non manumiserit » zu befinden hatte; möglich auch, dass für seine Entscheidung Erwägungen, wie sie Levy angestellt hat, bestimmend waren. Aber Beides ist reine Hypothese (s. oben § 6).

II. — Kaiser Severus bei Papinian l. 18 quaest., Dig. 35, 1, 72 pr. und § 1 (vgl. Fitting, Alter und Folge, S. 72 ff.).

1. Beide Stellen haben manches Gemeinsame. Die Bedingung lautet beidemal: « si a liberis (testatoris) non discesserit »; im ersteren Falle ist sie der Wittwe, im zweiten einem Freigelassenen des Erblassers auferlegt. In beiden Fällen müsste nach der julianischen Regel die Kaution verweigert werden; denn alle Kinder können vor der Wittwe

oder dem Freigelassenen sterben. Aber die Entscheidung fällt beidemal entgegengesetzt aus. Beide Fälle wurden augenscheinlich im Konsilium des Kaisers Severus erörtert. Im § 1 heisst es : « permisit imperator », im pr. aber werden wir in den Kronrat selbst eingeführt und nehmen wir an dessen Verhandlungen teil. Die Juristen, an ihrer Spitze Papinian, der ja dauernd dem Konsilium angehörte, berufen sich auf die feststehende Regel Julians (« negaverunt », sc. juris periti) und lehnen daher die Kaution ab, jedoch finden sie beim Kaiser kein Gehör (« displicuit sententia » sc. imperatori). Aber er macht ihnen doch ein kleines Zugeständnis : Er will die Kaution nicht als regelrechte, sondern als velut Muciana zulassen (§ 1 cit.).

2. Welche Gründe waren für die kaiserliche Entschliessung massgebend ?

a) Im Falle des pr. wird als Grund angeführt : « Denn dem Wunsche der Mutter (das Vermachte zu erhalten) durfte eine so sehr Unglück (nämlich den Tod ihrer Kinder) verheissende Auslegung der Nichtzulässigkeit (wörtlich : des Nichtleistendürfens) der Kaution nicht entgegengehalten werden ». Was wird ausgelegt ? Trotz des geschraubten Ausdruckes kann es nicht zweifelhaft sein, dass der Wille des Testators interpretiert wird, und auf diesem Wege kamen eben die Juristen dazu, die Kaution zu verweigern. Der Kaiser hätte diese Auslegung verwerfen können ; gewiss ist es reine Tatfrage, was der Erblasser gewollt hat. Aber er widerspricht ihr gar nicht, vielmehr gibt er ihre Richtigkeit zu ; nur hält er sie für unglückverheissend, weil die Frau den Tod ihrer Kinder wünschen müsste, um in den Genuss des Vermächtnisses zu gelangen, und aus diesem vom Standpunkte des Erblassers objektiven Grunde lässt er dessen Willen unbeachtet und entscheidet sich für die Zubilligung der Kaution, d. h. er kümmert er sich um die julianische Regel nicht. Will man einwenden, der Schlussatz : « non enim voto — debuit » sei tribonianisch ? Er könnte es nur in der Diktion sein ; denn im § 1 kehrt der ähnliche Grund wieder.

b) Die Begründung im § 1 sticht von derjenigen im pr.

dadurch ab, dass von der Willensauslegung keine Rede ist; im triste = ominosum treffen sie beide zusammen. Dazu kommt noch die neue Erwägung des periculosum: Die Kinder könnten der Habgier des Liberten zum Opfer fallen.

c) Beide Fälle haben sich offenbar zu verschiedenen Zeiten ereignet; Severus hat von Fall zu Fall entschieden, einen Grundsatz hat er nicht aufstellen wollen.

III. — Diese Feststellung führt mich zu der entgegengesetzten Auffassung Levys (S. 136 ff.), die von Seckel gebilligt wird, hinüber. Levy fasst die obigen beiden Legate unter der Bedingung: « si a liberis testatoris non discesserit » mit dem in meinem § 6 besprochenen Legat unter der Bedingung: « si servum non manumiserit » zusammen und erkennt in den übereinstimmenden Entscheidungen, nach denen die Muciana gegen die julianische Regel zuzulassen ist, das Walten eines gemeinsamen Grundgedankens: Die cautio soll in allen diesen Fällen das Leben wehrloser und daher schutzbedürftiger Personen, wie es Kinder und Sklaven sind, sichern. Sonst sichert die Kaution die Erfüllung der Bedingung, hier sichere sie zugleich noch etwas Anderes. Levys Meinung nimmt zunächst für sich ein, aber einer näheren Prüfung hält sie nicht Stand.

1. Bei der Bedingung: « si servum non manumiserit » kann die Verbrechensprophylaxe mitgewirkt haben, aber sie muss es nicht (oben S. 22 unter I).

2. Im Falle der Bedingung: « si a liberis non discesserit » greift Levys Gesichtspunkt nur teilweise durch, nämlich nur dann, wenn und solange die Kinder unmündig sind; die erwachsenen brauchen keinen besonderen Schutz: so Levy selbst S. 137. Aber weder das pr. noch § 1 D. cit. beschränken Tatbestand und Entscheidung auf impuberes.

3. Nehmen wir selbst an, dass in beiden Fällen an unmündige Kinder gedacht ist, so verweigert doch Julian Dig. 35, 1, 62, 2, zweiter Teil, die Kaution bei der ähnlichen Bedingung: « si (uxor) a liberis impuberibus ne nubserit », obwohl er selbst hervorhebt, dass die Bedingung die « cura liberorum » bezwecke.

4. Gegen wen soll das Leben der Kinder und des Sklaven

geschützt werden? In zwei der obigen Fälle droht die Gefahr gerade von seiten des mit dem bedingten Legat Bedachten, nämlich vom Sklavenherrn und vom Freigelassenen; hier hat die Kaution Sinn. Im dritten Falle aber ist an eine unnatürliche Mutter, die um eines Vermögensvorteiles willen ihre eigenen Kinder tödten könnte, nicht gedacht, und legte wirklich der konkrete Fall diese Befürchtung nahe, — allenfalls könnte man ja das « Ominöse » dahin auslegen, — so passte die Entscheidung eben wegen des Mangels des Motivs nicht auf den Normalfall. Im Normalfalle aber haben die Kinder überhaupt keine Lebensnachstellung zu besorgen, also auch nicht von dritter Seite; wenn ein Vater mit Hinterlassung unmündiger Kinder stirbt, so bedürfen diese freilich des Schutzes für ihre Person wie für ihr Vermögen; aber wer käme dabei auf den Gedanken, dass von nun an ihr Leben in Gefahr steht? Die Kaution vollends kann hier nichts nützen.

Die obigen Fälle liegen also nicht gleich, und die gleichen Entscheidungen stehen daher nicht unter einem gemeinsamen Grundgedanken. Und das eben wollte ich beweisen. Ein Prinzip lässt sich zwar aus einigen, aber nicht aus allen ableiten, es sei denn der ganz allgemeine Grundsatz der Billigkeit. Wo diese es zu erfordern schien, setzte sich Severus über die Regel Julians hinweg. Das ist kein vereinzeltes Vorkommnis; die Digesten enthalten genug Beispiele, dass die Kaiser gegen anerkannte Rechtssätze ihre Entscheidungen getroffen haben: Darum fasste ich die Überschrift dieses Paragraphen allgemeiner.

§ 9. — *Der Rechtsgrund der cautio im klassischen Recht*

Mucius kam auf sein Hilfsmittel auf dem Wege der Auslegung des im Vermächtnis erklärten Willens des Erblassers (oben S. 5 unter IV); dieser Wille blieb auch im klassischen Rechte für die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Kaution grundsätzlich massgebend.

I. — Julian stellte seine Regel auf dieselbe Grundlage, d, h. sie sollte nur Auslegungsregel sein. Demgemäss

1. hat er sich für die regelwidrige Zulassung der Kaution in Dig. 35, 1, 62, 2, erster Fall, entschieden. Der Mann hat seiner Frau eine Jahresrente durch Vermächtnis ausgesetzt, « si a liberis ne nubserit ». Es ist möglich, dass die Frau alle ihr Kinder überlebt; dann könnte sie vom Tode ihres letzten Kindes an die Rente beziehen und doch heiraten. Das entspräche der Regel Julians, und es ist nicht ausgeschlossen, dass sein Responsum lautete : « posse mulierem post mortem liberorum nubere et legatum capere ». Aber der Fortgang der Stelle ergibt doch wohl für unseren Fall, dass Julian die lex Julia anwenden wollte (oben S. 11 mit S. 13). Dann aber musste er die obige Bedingung als condicio non nubendi, als Verbot der Wiederverheiratung schlechthin auffassen, weil nur für diesen Fall das Gesetz Bestimmungen getroffen hatte. Und diese Auffassung rechtfertigte doch nur der Wille des Erblassers, der mit dem wahrscheinlichsten Falle gerechnet haben dürfte, dass die Frau ihre Kinder nicht überlebt, und ihr doch die Jahresrente zuwenden wollte, während sie bei anderer Auffassung überhaupt nicht in den Genuss der Rente kam. Man wird mir vorwerfen, dass ich in die Stelle zuviel hineintrage; aber ich klammere mich an das annuum legatum des Textes und entnehme dem Schlusse der Stelle mittels argumentum e contrario, dass magis viduitas quam cura liberorum injungeretur.

2. Dagegen hat Julian in Dig. 40, 4, 61, pr. (bei Pomponius) die Kaution gegen seine Regel ausgeschlossen. Jemand hatte testiert : « Stichus si in Capitolium non ascenderit, liber esto ». Julian hält nach dem Zusammenhange die Verfügung für nichtig, cum testator impediendae magis quam dandae libertatis gratia ita scripsisse intellegitur (12) ; jedenfalls macht er, auch wenn der Zwischensatz : « si apparet — voluisse » interpoliert sein sollte, die Entscheidung vom

(12) Ähnlich Julian bei Paulus Dig. 40, 7, 4, 1. Dagegen soll er in Dig. 40, 4, 17, pr. eine andere Auslegung vorgezogen haben; aber hier haben wohl die Kompilatoren die Entscheidung Julians nach dem Vorbilde der entgegengesetzten Bedingung (Dig. 35, 1, 29) umgeformt. — Inst. 2, 14 (15), 10 kann nicht verwendet werden, weil die Bedingung : « si in Capitolium non ascenderit » selbst nicht unmöglich ist.

Willen des Testators abhängig. Fehlt der Freilassungswille, so kann die Muciana nicht helfen. Könnte übrigens ein Sklave eine Kaution giltig leisten? Nun, er selbst nicht, wohl aber könnten freie Personen, die sonst Bürgen wären, das quanti ea res est versprechen.

II. — Severus und seine Berater stellten ebenfalls in Dig. 35, 1, 72, pr. den Willen des Testators in Rechnung (oben S. 23).

III. — Papinian Dig. 35, 1, 77, 1 gibt folgende Regel: « Das Muzianische Sicherungsversprechen greift nicht Platz, wenn der Legatsanspruch zufolge einer andern Bedingung (oder, wie man hinzufügen darf, einer Zeitbestimmung) hinausgeschoben werden kann ». Das ist reine Auslegung; denn durch die zweite Bedingung oder durch die Zeitbestimmung hat der Erblasser seinen Willen deutlich bekundet, dass die Kaution ausgeschlossen sein soll. Anwendungen der Regel finden sich

1. bei Papinian selbst Dig. 35, 1, 72, 2 (s. oben S. 21);

2. bei Paulus Dig. 35, 1, 103; hier tritt zur Bedingung die Zeitbestimmung « post decem annos », die zwar an sich nicht den dies cedens, wohl aber den dies veniens hinausschiebt (13).

3. Dagegen soll Papinian Dig. 35, 1, 79, 3 gegen seine eigene Regel verstossen haben. Jemandem ist ein Niessbrauch unter dem dies incertus quando : « cum morietur legatarius » und ausserdem (« quoque ») unter irgend einer negativen Potestativbedingung vermacht worden. Wäre das Legat nur befristet, so gälte es zwar als pur, aber seine Geltendmachung wäre doch hinausgeschoben (L. 79 pr. ibid.). Aber der Niessbrauch ist unvererblich, und daher müsste das bedingte Legat um des Termins willen nichtig sein. Papinian aber soll ausnahmsweise von der Nichtigkeit abgesehen und die Kaution bewilligt haben. Dies liesse sich etwa so erklären, dass, da die condicio non faciendi erst im Augenblicke des Todes erfüllt werden kann, die Hinzufügung der Zeitbestimmung als überflüssig zu betrach-

(13) Vgl. im Übrigen oben, S. 21, N. 11.

ten und daher zu streichen sei ; denn so habe es der Testator gemeint : ganz ähnlich Papinian selbst (?) in Dig. 35, 1, 72, 5. Aber stammt die Entscheidung in L. 79 § 3 cit. wirklich von Papinian ? Das sachliche Bedenken (Heilung eines ungiltigen Legats mittels Muciana) ist bereits hervorgehoben ; dazu kommen sprachliche. « Remedium » ist immer verdächtig (14), und auffällig erscheint mir zudem « sub condicionem alicujus non faciendi ». Zwar auf sub mit dem Akkusativ lege ich keinen Wert, aber den Genitiv alicujus vom Neutrum aliquid möchte ich beanstanden (15). Nach dem Vocabularium kommt er in den Digesten nur noch einmal vor, und zwar wieder unter Papinians Namen und in derselben Beziehung zur Muciana : Dig. 31, 76, 7. Auf der andern Seite hat ihn auch Justinian nicht (nach Longos Vocabolario), und im Cod. Just. steht er nur einmal, und zwar bei Valentinian I (16). Es wäre ein merkwürdiger Zufall, wenn ihn die Kompilatoren trotzdem in zwei Zusätzen zu zwei aus verschiedenen Werken gerade Papinians stammenden Exzerpten verwendet hätten (17).

IV. — Ist der Rechtsgrund der Muzianischen Kaution, wie dargelegt, der Wille des Erblassers, so widerstrebt jede negative Potestativbedingung, auch die der Julianischen Regel entsprechende, der Anwendung der Muciana, wenn sie der Testator ausschliessen wollte ; und umgekehrt : für jede negative Potestativbedingung, auch die nicht unter die julianische Regel fallende, kann der Testator anordnen,

---

(14) Zuletzt Beseler, Beiträge, H. 2, S. 121 : s. auch Kalb, Juristenlatein, S. 75.

(15) Der Thesaurus führt leider von allen Belegen nur ein Beispiel an : Varro l. l. 10, 3 ; hier stehen aber lauter Adjektiva und daher auch Pronomina im Neutrum.

(16) Cod. Just. 10, 10, 3, pr. = Cod. Theod. 10, 9, 1 : si quando aut alicujus publicatione aut ratione juris aliquid rei nostrae addendum est ; publicare aliquem kommt nicht vor, und hier jedenfalls wird alicujus durch das folgende aliquid hinreichend bestimmt.

(17) Dasselbe Rätsel gibt adstruere in der Bedeutung « beifügen » auf. Es findet sich nur in einer Digestenstelle : Dig. 46, 8, 3, pr., Papinian ; im Cod. Just. kommt es gar nicht vor (wohl in anderen Bedeutungen), und Justinian selbst gebraucht es nie (s. Longo). Der genannte Digestentext ist nicht in Ordnung : Stammt nun das Wort von Papinian oder von Justinian ?

dass die Bedingung als erfüllt gelten soll, wenn der Bedachte die (velut) Muciana leistet oder doch gehörig, aber erfolglos anbietet.

V. — Ausnahmsweise ist der Rechtsgrund der Muciana nicht der Wille des Erblassers, sondern ein anderer Umstand, dessen Berücksichtigung von der Billigkeit gefordert wird ; s. oben § 8.

VI. — Überdies setzt die lex Julia der Anwendung der Muciana Schranken.

1. Der Vollständigkeit wegen erwähne ich eine nur scheinbar hierhergehörige Entscheidung Julians : Dig. 35, 1, 62, 2, Zweiter Fall : Quod si ita scriptum esset : « si a liberis impuberibus ne nubserit (sc. uxor) », legem (sc. Juliam) locum non habere, quia magis cura liberorum quam viduitas injungeretur. Der Mann hat seiner Frau die Wiederverheiratung nicht schlechthin verboten, sondern nur für die Zeit der Unmündigkeit der Kinder. Man erwartet, dass Julian auf die Unstatthaftigkeit der Kaution Gewicht gelegt hätte mit der Begründung, dass die Bedingung nicht seiner Regel entspreche, oder dass der Wille des Testators dahin gehe. Statt dessen sagt er, die lex Julia greife nicht Platz ; natürlich nicht, da sie die Kaution nur bei der Bedingung dauernden Wittwenstandes zuliess. Daraus ist aber nicht zu schliessen, dass das Gesetz die Muciana bei der Bedingung zeitlicher Wittwenschaft zwingend ausgeschlossen habe; es lässt hier gewiss dem Willen des Erblassers Spielraum (oben Nr IV). Julian befürchtete nicht, dass aus dem Wortlaute seiner Entscheidung ein Fehlschluss gezogen werden könnte.

2. Eine wahre Ausnahme vom Rechte der Muzianischen Kaution kraft zwingender Gesetzesvorschrift betrifft die Bedingung des Nichtheiratens, wenn sie dem Vermächtnisse an einen Mann, der nicht der Ehemann der Erblasserin ist, oder an eine Frau, die nicht die Wittwe des Testators ist, hinzugefügt ist; eine Ausnahme : denn an sich ist die Bedingung der Ehelosigkeit eine negative Potestativbedingung, auf die auch die julianische Regel passt. Die lex Julia hat nämlich die Nichtigkeit der Bedingung ausgesprochen,

— mag sein, dass sie schon vorher als contra bonos mores verstossend nichtig war. Der Testator kann hieran nichts ändern, auch wenn er Regelung mittels der Muciana vorschriebe. Eines Beweises bedarf dies nicht.

Wie ist aber der Fall, dass die Frau ihrem Manne das Wittwertum auferlegt hat, zu beurteilen? Wir erfahren aus Cod. 6, 40, 3, dass Justinian die lex Julia miscella auch für das also bedingte Legat an den Ehemann aufgehoben hat (18), und dass gewisse Senatsschlüsse über die Anwendung der Muciana auf dieses Legat Bestimmungen getroffen haben. Der Bericht ist glaubhaft; denn die justinianischen Juristen waren gute Kenner des klassischen Rechts. Sonstige Nachrichten fehlen. Wenn in den Quellen öfters von der viduitas indicta (injuncta) die Rede ist, so ist das Wort in der Bedeutung von Wittwerschaft nicht bezeugt; noch Justinian Cod. 6, 40, 3, 2 unterscheidet die viduitas = Wittwenschaft von dem caelibatus des Wittwers. Papinian sodann in Dig. 35, 1, 79, 4 behandelt folgendes Legat : « filio familias, si pater ejus uxorem non duxerit, heres dato », und er sagt, dass die Bedingung wirkungslos ist, weil sie in fraudem legis ad impediendas nuptias hinzugeschrieben ist; folglich verstösst die Bedingung, wenn sie dem Legate an den Vater selbst hinzugefügt ist, gegen den Wortlaut des julischen Gesetzes. Aber Papinian sagt nicht, dass der Vater der Mann der Erblasserin war, nicht, dass er Wittwer war (ein Hagestolz kann einen Sohn adoptiert haben), nicht dass eine Frau das Legat ausgesetzt hat. Für Justinian ist das bedeutungslos.

§ 10. — *Justinian*

I. — Justinian hat die trajanische Jurisprudenz wieder zu Ehren gebracht, indem er die Kaution bei allen condiciones non faciendi zuliess. So schrankenlos kann allerdings sein Grundsatz nicht verstanden werden (s. Levy S. 140); er wird ja auch durch die Berücksichtigung des

(18) Vgl. auch Nov. 22, 44, pr.

Willens des Testators eingedämmt werden müssen, und die Auslegung hat nach wie vor freies Spiel. Andrerseits hat sich der Kaiser versehentlich mit seiner eigenen Neuerung dadurch in Widerspruch gesetzt, dass er in den Digesten auch die julianische Regel überliefert hat. Die Neuerung selbst ergibt sich aus Folgendem.

1. Er hat die Bedingung : « si servum non manumiserit » (oben § 6) und die severischen Bedingungen (oben § 8), die sich jetzt nicht mehr als Ausnahmefälle darstellen, dem Kautionsrechte unterstellt, sowie die Bedingung : « si servum hereditarium non alienaverit » (Dig. 28, 7, 4, 1) hinzugefügt.

2. Die allgemeine Fassung in Dig. 35, 1, 7, pr. hat er übernommen, falls sie nicht von ihm selbst stammt (oben S. 17). Sicher geht die Erwähnung der condicio non faciendi schlechthin in Dig. 35, 1, 18 (Gajus) und Dig. 35, 1, 79, 3 mit Dig. 31, 76, 7 (Papinian) auf ihn zurück (19) ; denn Papinian war der eifrigste Verfechter der Regel Julians, und Gajus war als Julians Schüler gewiss auch ihr Anhänger, falls er nicht wieder einmal seiner Zeit nachhinkte.

3. Endlich in Nov. 22, 43 hat er seinen Standpunkt als denjenigen des Mucius fälschlich ausgegeben.

II. — Justinian hat ferner mittels Einschaltungen in die Digesten die Muciana auf die Erbeinsetzung ausgedehnt : das hat Scialoja m. E. erwiesen (20). Seine Beweisführung möchte ich durch einige Bemerkungen ergänzen. Nur folgende vier Stellen kommen für die Erben-Muciana in Betracht : Dig. 35, 1, 18; Dig. 35, 1, 7, pr. und § 1; Dig. 28, 7, 4, 1.

1. Zunächst L. 18 cit. steht bei Gajus unter der Rubrik : « De legatis » (Lenel). Die Gründe für die Interpolation hat Levy S. 127 ff. im Einzelnen dargelegt.

2. Den justinianischen Ursprung des hier allein wichtigen

---

(19) s. Levy S. 127 und S. 126, N. 1.

(20) Dazu neigt auch Mitteis, Rom. Privatr. 1, S. 199, N. 16. Girard S. 826 N. 3 und S. 926, N. 1, scheint zu zweifeln ; hoffentlich gelingt es mir, den verehrten Jubilar zu überzeugen.

Schlussatzes von Dig. 35, 1, 7, pr. erkennt Beseler (Beiträge, H. 2, S. 123) an dem Worte « remedium ».

3. L. 7 § 1 D. ibid. sodann ist von Ulpian aus Labeo l. 2 poster. a Javoleno epit., Dig. 28, 7, 20, pr. übernommen ; aber Labeo erwähnt von der cautio nichts (Scialoja S. 274) : Das cavere rührt also von Justinian her (21).

4. Die L. 7 cit. entstammt dem 18. Buche des Sabinus-Kommentars Ulpians, und dieses Buch trägt die Überschrift : « De legatis ». Zwar meint Lenel (Paling.), die inscriptio habe vielleicht gelautet : l. 8 ad Sab. : « De testamentis » ; allein L. 7 pr. gehört mit Recht unter die Rubrik : « De legatis », und für L. 7 § 1 wird dieselbe Rubrik noch dadurch wahrscheinlich gemacht, dass auch bei Labeo-Javolen (s. die vorige Nr 3) die Titelrubrik lautete : « De legatis » (Lenel, Javol. 169) (22). Also hätten Ulpian und Gajus (s. Nr 1) die Erben-Muciana nur so nebenher in der Lehre von den Legaten erwähnt, und gerade diese gelegentlichen Bemerkungen hätten sich die Kompilatoren für diese Verwendung der Kaution ausgesucht ! Warum schöpften sie nicht aus der sedes materiae, aus den Büchern der klassischen Werke über die « condiciones institutionum » und stellten sie die Auszüge nicht, wie es sich gehörte, in den Tit. Dig. 28, 7 ? Weil sie an jenen Stellen nichts fanden.

5. Es bleibt noch die L. 4 § 1 D. 28, 7 übrig. Scialoja S. 276 hält die Bedingung : « si servum hereditarium (heres) non alienaverit » mit Recht für perplex, aber er meint, wenn ich ihn recht verstehe, Julian habe sie so ausgelegt, dass sie durch die Kaution sofort erfüllt werden könne, woraus sich ergebe, dass die Kaution nicht die muzianische sei. Aber bei letzterer ist es ja nicht anders : zufolge Willensauslegung wird die gesetzte Bedingung in die Bedingung der Kautionsleistung umgewandelt. Der Unterschied beider Kautionen liegt vielmehr darin, dass die

(21) Den Schlussatz : « nam jure ipso — hereditatem » hält Levy S. 145 aus sachlichen, Beseler, Beiträge H. 2, S. 30, wegen des hier anstössigen « jure ipso » für interpoliert.

(22) Labeo mag einen Seitenblick vom bedingten Vermächtnis auf die bedingte Erbeinsetzung geworfen haben, und Ulpian schrieb nach.

Muciana ein giltiges Legat, weil eine erfüllbare Bedingung, voraussetzt, während die Kaution der L. 4 § 1 cit. eine ungiltige Verfügung des Testators heilen soll. Und eben deswegen scheint mir die Kaution justinianisch zu sein, wie ich dies auch für die das Gleiche leistende Kaution in Dig. 35, 1, 79, 3 vermutete (oben S. 28).

6. Die obigen drei Stellen (Dig. 28, 7, 4; Dig. 35, 1, 7 und 18), die allein die Ausdehnung der Muciana auf die Erbeinsetzung bezeugen, gehören der Sabinus-Masse an. Die Vermächtnis-Muciana wird aber oft genug in solchen Juristenschriften erwähnt, die der pars edictalis (Gajus und Terentius Clemens ad legem Juliam) und der Papiniana (Gajus und Maecian libri fideic., Papinian Quaestionen und Responsen) zugeteilt sind. Warum findet sich in diesen Schriften nicht auch einmal die Erben-Muciana? Man möchte glauben, die Sabinus-Kommission sei hier selbständig vorgegangen, ohne den andern Kommissionen von ihrem Schritte Mitteilung gemacht zu haben.

7. Weil Justinians Recht die cautio Muciana sowohl bei Vermächtnissen, als auch bei Erbeinsetzungen zuliess, darum gebraucht er in Nov. 22, 43 und 22, 44, 9 absichtlich den farblosen Ausdruck καταλείπειν, καταλιμπάνειν = relinquere. In der überarbeiteten Gajus-Stelle Dig. 35, 1, 18 mag « relictum » immerhin echt sein; denn die Klassiker bezeichnen so zwar auch die Erbeinsetzung (z. B. Ulpian XVII, 1), aber doch überwiegend das Vermächtnis.

8. Girard S. 826, N. 3 warnt mit Recht vor einer Verwechslung der cautio Muciana mit derjenigen Kaution, die der bedingt zum Erben Eingesetzte leisten muss, wenn er die bonorum possessio secundum tabulas erhalten will. Denn fällt die Bedingung aus, so hat der Beschwerte (oder der Ersatzerbe) gegen den Besteller der muzianischen Kaution nur die Stipulationsklage, gegen den Besteller jener prätorischen Kaution aber steht dem Ersatzerben ausserdem noch der Erbschaftsanspruch zu. Der Unterschied bestand, bis ihn Justinian durch Nov. 22, 44, 6 beseitigte; denn in diesem Gesetze gab der Kaiser gegen den Besteller der Muciana und jeden dritten Besitzer die vindicatio. Allerdings

spricht die Novelle nur von der Bedingung der Nichtwiederverheiratung; aber man wird diese Bestimmung entsprechend erweitern dürfen.

III. — Vier Jahre nach Erlass der Gesetze über die Aufhebung der lex Julia miscella (Cod. 6, 40, 2 und 3, pr., § 1) schaffte Justinian durch Nov. 22, 43 und 44 diese Gesetze wieder ab. Er bestimmte jetzt, dass, wenn irgendwer einem Manne oder einer Frau unter der Bedingung der Nichtwiederverheiratung etwas letztwillig hinterlassen hat, der Bedachte die Wahl hat, entweder durch Sicherheitsleistung die Bedingung zu erfüllen oder auf das Zugewendete zu verzichten. Der Kaiser sah also in der obigen Bedingung nicht mehr die Ausübung eines unsittlichen Druckes auf den Bedachten, sich der Ehe zu enthalten, er las aus ihr nicht mehr eine « Indiktion » der Ehelosigkeit heraus, sondern er fand in ihr nichts weiter, als dass der Erblasser künftige Möglichkeiten in Rechnung gezogen habe (23). In der Tat, sollte der Erblasser z. B. nicht annehmen dürfen, dass die Wittwe seine Fürsorge nicht mehr nötig habe, wenn sie durch Eingehung einer neuen Ehe Versorgung fände? Justinian hat jedenfalls in Nov. 22 den Zweck der Bedingung nicht mehr so einseitig aufgefasst, als in den Codex-Konstitutionen.

---

(23) Dernburg, Pand., 7. Aufl., Bd 1, § 105, N. 5 und 6.

Hugo Krueger,

a. o. Professor an der Universität Münster in Westfalen.

Ueber die Einwirkung der «Notae iuris» auf fehlerhafte Ueberlieferung der Juristenschriften

Dem unermüdlichen Forscher im Gebiete des römischen Rechts, dem diese Denkschrift gemeinsamen Dank für die reichen Ergebnisse seiner Arbeiten entgegenbringt, wird, hoffe ich, ein Beitrag zur Aufhellung der in der Quellen-Ueberlieferung steckenden Fehler willkommen sein, der sich auf einem von den Juristen wenig beachteten Gebiet bewegt; hat doch Girard selbst durch seinen jüngst erschienenen Aufsatz über Probus einen glänzenden Beitrag zu der ältesten Sammlung der Notae iuris geliefert. Die kurze Zusammenstellung, welche hier gegeben wird, will nicht bisher unbeachtete Fehler aufdecken; sie soll nur an Beispielen zeigen, wie solche entstanden sind, um damit für weitere Forschung eine gesicherte Grundlage zu schaffen.

Zu den Notae iuris, wie sie Probus aus den Leges und Senatusconsulta, den Legis actiones und den Edicten gesammelt hat, Abkürzungen, welche lediglich durch den Anfangsbuchstaben die fraglichen Wörter andeuten, ist in den Abschriften der juristischen Werke eine weitere Gruppe getreten, welche die Endungen der Wörter oder einzelne Silben oder auch nur eine häufiger wiederkehrende Aufeinanderfolge gewisser Buchstaben (*atio*, *actio* u. dgl.) in eigenartiger Weise verkürzt. Eine grosse Zahl dieser Abkürzungen ist untermischt mit solchen jüngerer Zeit in den Sammlungen des Mittelalters enthalten; ein vollständigeres

Bild von dem Reichtum derselben und von ihrer Verwendung in den für den Buchhandel bestimmten Handschriften ist uns erst in der Veroneser Gajus-Handschrift entgegengetreten. Das gleiche Bild gaben dann auch die übrigen winzigen Reste anderer vorjustinianischer Juristenschriften, welche teils gleichzeitig teils nach der Veroneser Handschrift zu Tage getreten sind. Nur ganz wenige der hier gebrauchten Abkürzungen kehren auch in den nichtjuristischen Handschriften wieder ; es werden also wohl besondere Schreiberschulen für die Fachlitteratur bestanden haben.

Diese Notae iuris hängen auch nicht mit der später aufgekommenen Kurzschrift der Tironischen Noten zusammen ; sie sind, so scheint es, nicht wie jene und wie die heutige Stenographie dazu erfunden worden, um als Schnellschrift bei Konzepten oder als Nachschrift für Verhandlungen und sonstige Vorträge verwendet zu werden. So wie sie in den erhaltenen Handschriften auftreten, mögen sie zwar auch aus dem Bestreben hervorgegangen sein den Umfang der Bücher zu beschränken ; doch sind sie nur in bescheidenem Masse verwendet worden, so dass sie dem sachkundigen und auf den Rechtsschulen auch nach dieser Richtung vorgebildeten Leser die Benutzung der Werke nicht erschwerten. Dasselbe Wort, dieselbe Silbe oder Buchstabenfolge tritt uns bald ausgeschrieben, bald mehr oder weniger abgekürzt entgegen, wie es dem Schreiber im einzelnen Fall belieben mochte.

Die Abkürzungen sind auch in den verschiedenen Handschriften, ja selbst innerhalb derselben Handschrift nicht durchweg die gleichen, und umgekehrt kann manche Abkürzung je nach dem Zusammenhang verschiedenen Deutungen unterliegen (1). Immerhin lässt sich eine gewisse Gleichartigkeit in der Bildung derselben erkennen (2) im

(1) So wird z. B. $\overline{z}$ im Veroneser Gajus bald für *catio* oder *tio*, bald für *contra* oder *commissorum* gesetzt ; 7 kann *tio*, *con*, *cun* oder *contra* bedeuten. Ob dies Schwanken von Anfang üblich gewesen oder aus späterer Verwilderung hervorgegangen, lasse ich dahingestellt.

(2) Alles dies lässt sich an der Zusammenstellung der Abkürzungen in der Veroneser Handschrift und den an die Seite gesetzten Vergleichungen mit

Gegensatz zu der Willkür, mit der manche moderne Kritiker die nicht lesbaren Stellen der erhaltenen Handschriften durch wunderliche Gebilde auszufüllen suchen, um sich dem gegebenen Raum anzupassen.

Die Schulung der Schreiber und der Benutzer der Handschriften scheint aber allmählich zurückgegangen sein ; das mag mit den Wandlungen des Rechts im Laufe der Jahrhunderte und mehr noch mit dem Verfall der Rechtwissenschaft seit dem Ende des dritten Jahrhunderts zusammengehangen haben. Die Verwirrungen und Missverständnisse, welche die Unkenntnis der Schreiber und Leser hervorriefen, veranlassten dann ein Einschreiten der Gesetzgebung, um wenigstens die Gesetzbücher vor derartigen Entstellungen zu bewahren. Das tritt uns zuerst in zwei Anträgen entgegen, welche die Gesta Senatus zum Theodosianus in folgender Fassung überliefern :

> *Ne constituta interpolentur, omnes codices litteris conscribantur. dictum XVIII.*
> *Huic codici, qui faciendus a constitutionariis, notae iuris non adscribantur. dictum XII* (1).

Justinian hat dann bekanntlich für seine Digesten ein absolutes Verbot der Verwendung von Abkürzungen erlassen (2). Aus den litterarischen Werken ist die Benutzung der Notae iuris nicht verdrängt worden, wenngleich sie in den uns erhaltenen Schriften nur noch geringe Verwendung gefunden haben. So begegnen sie uns z. B. in den Scholien zu dem Turiner Palimpsesten des Theodosianus (3) und zu der Vaticanischen Handschrift der letzten 8 Bücher des Theodosianus (4) sowie in den griechischen Randglossen zur Veroneser Handschrift des Justinianischen Codex und in den jungeren

---

den übrigen Handschriften und den Noten-Sammlungen in Studemunds Apographum Codicis Veronensis S. 255 ff. verfolgen.

(1) Theodosianus ed. Mommsen p. 3 Zeile 10, 11.

(2) Const. Tanta und Δέδωκεν § 22.

(3) Codicis Theodosiani fragmenta Taurinensia ed. P. Krüger 1880 (Abhandlungen der Berliner Akademie 1879) S. 16, 24, 26.

(4) Manenti Antiqua summaria Codicis Théodosianus ex codice Vaticano 1889.

byzantinischen Handschriften insbesondere der Basiliken und ihres Scholien-Apparates. Auch in den Handschriften aus der Zeit der Glossatoren stehen wie in den oben genannten Sammlungen noch einzelne der alten Notae, neben den Neubildungen des Mittelalters.

Verfolgen wir nun die Entstellungen der uns überlieferten Texte durch falsche Auflösung der Notae iuris (1) und beginnen mit Gajus, so wird es genügen, aus der Fülle, welche uns hier entgegentritt, einige Beispiele herauszuheben.

1, 139 *capitis diminutio*] *kap- dimidia* (entstanden aus KAP. DIM.)
1, 167 a. E. *ex iure Quiritium*] *exique* (aus EXIQ)
2, 119 *ex causa*] *ex sc. to* (= *ex senatus consulto*, Verwechslung von EXC. und EXSC.)
2, 205, 210 *damnationem*] *damni contractionem* und *damna cont. nem* (beides aus DAMNAZNEM)
3, 59 *ciuis Romani liberti*] *scrib* (aus CRLIB.)
3, 220-221 *modis patris autem*] *modis spatia* (aus MODISPAT. AT.)
3, 74 *libertorum*] *libustorum* (aus LIB. TORUM)
3, 80 *bonorum possessores*] *bonorum possessio* (aus BP)
3, 181 *exceptionem*] *excon* (aus EXC.)
3, 201 *posse item*] *possit* (aus P'SEIT.)
4, 42 *familiae erciscundae*] *fede* (aus F. E. DE)

Die der Gajus-Handschrift zeitlich am nächsten stehenden Reste von Handschriften der juristischen Klassiker bieten teils wegen ihres Umfangs teils wegen der Lückenhaftigkeit der Lesung wenig Material für den Nachweis gleichartiger Verderbnisse. Aus dem Fragment de formula Fabiana wären etwa anzuführen :

§ 2 *id in rei uxoriae actionem*] *idem pu etiam* (aus IDIRUZ ?)
§ 6 *quae mortis causa*] *qm cum* (aus Q. M. C.)
§ 8 a. E. *heres institutus*] N. *iste* (aus H'INST.)

Demnächst kommen die Fragmenta Vaticana in Betracht, in denen selbst, wie Mommsen bemerkt hat (2), die schwieri-

(1) Die Fehler, welche umgekehrt durch falsche Verwendung der Notae entstanden sind, lasse ich bei Seite ; der angeführte Index zum Apographum des Veroneser Gajus lässt diese Fehler der Handschrift leicht übersehen.

(2) Codicis Vaticani n. 5766, in quo insunt iuris Anteiustiniani fragmenta quae dicuntur Vaticana exemplum 1860 (Abhandlungen der Berliner Akademie 1859) p. 388.

geren Notae vermieden sind. Die auffallendsten Versehen sind :

47 a *familiae erciscundae*] *factum est* (aus F. E.)
98 *mortis causa*] *mixti casus* (aus M. C.)
249, 8 *litis contestatio*] *litium causa* (aus L. C.)
266 *contra Sabinianos*] *contra tabulas* (aus ZSAB)
298 *manu mancipioue*] *mm. nioue* (= *matrimonioue* aus MMCIPIOUE?)

Von den Werken, welche durch Handschriften des Mittelalters überliefert sind, die selbst kaum noch Notae iuris enthalten, wäre nur diejenige von Ulpians liber singularis regularum zu erwähnen, welche mehrfach Spuren missverständlicher Auflösungen aufweist. Hervorzuheben wären etwa folgende (1) :

1, 11 *Aelia Sentia*] *ascia* (aus AS. IA)
3, 4. 20, 6 *ex iure*] *ex ius* (aus EXI.)
3, 5 ? *postea*] *praeterea* (aus P'T. EA)
6, 6 *rei uxoriae*] *re uera* (aus R. U.)
6, 2 *item*] *institutus* (aus IT (2) ; umgekehrt 20, 6)
7, 4 *condicionis*] *condignis* (aus CONDI 7 NIS)
8, 4, 22, 32 *dumtaxat*] *data* und *dantur* (aus DT)
10, 1 *id enim*] *idem* (aus IDEN.)
11, 26 *testamento*] *tunc* (aus T°T?)
11, 28 *Neratius*?] *uerum* (aus NER. ?)
20, 16. 24, 28 *populi Romani*] *praetoriani* (aus P. R.)

Wir kommen nun zu unserer Hauptquelle, zu Justinians Digesten. Bei ihrer Abfassung steht nicht mehr naive Unerfahrenheit ungeschulter Schreiber in Frage ; sie sind aus dem Zusammenwirken der Männer hervorgegangen, welche als Leuchten der Wissenschaft und Praxis ihrer Zeit ausgewählt worden. Von diesen Kompilatoren sollte man erwarten, dass sie auf Grund ihrer Sachkenntnis und wegen der Möglichkeit, mehrere Exemplare der ausgezogenen Werke zu vergleichen, die Fehler ausgemerzt haben würden,

(1) Über die Verwechslung von *secundum* und *aduersus* (20, 14, 28, 1) in Folge der einander ähneichen Tironischen Noten vgl. die Jurisprudentia Anteiustiniana von Seckel-Kuebler ^{6} I 439, 1.

(2) Notae Lindenbrogianae I. 26.

welche sich etwa in Folge der Abkürzungen in ihre Vorlagen eingeschlichen hatten. Aber schon die grossen Romanisten des 16. Jahrhunderts haben erkannt, dass im Digestentext eine Reihe von Fehlern steckt, die aus vordem oder vielleicht erst von den Kompilatoren missverstandenen Abkürzungen hineingekommen sind. Einer Fortsetzung der hierauf bezüglichen Reinigung des Textes soll die hier folgende Zusammenstellung der erkannten Fehler (1) vorarbeiten.

Als Fehlgriffe, welche lediglich auf falscher Auflösung der in der Vorlage gebrauchten Notae beruhten, dürfen folgende gelten (2) :

1, 2, 1 *populi Romani ius*] *prius* (aus P. R. IUS)
1, 9, 8 *uiros*] *uel* (aus $\overline{\text{U}}$)
2, 15, 3 § 2 *testamento*] *tempore* (aus T.)
3, 5, 8 *dumtaxat*] *dictum* (aus D. T.)
5, 3, 20 § 6 *pater patriae*] *proposuit* (aus PP.)
16, 1, 16 § 1 *fideiussisset*] *fuisset* (aus $\overline{\text{FISISSET}}$)
19, 2, 31 *naulam*] *nos* (aus $\overline{\text{N}}$) (3)
20, 6, 7 pr. (vgl. not. 3) *hypothecis*] h. *is* (aus H. IS) (4)
pupillus] *praesente* (aus P') (5)
22, 1, 14 *post*] *Paulus* (aus P')
29, 9, 1 § 2 *possessiones*] *possunt* (aus POSS.)
33, 1, 19 pr. *nec*] *nihil* (aus N', vgl. 34, 1, 20 § 2)
39, 2, 7 pr. (not. 22) *nomine* aus N. = *non*
40, 7, 29 § 1 *heredis*] *his* (aus H. IS)
40, 9, 8 *fraudandorum creditorum*] *fideicommissi* (aus FC)
42, 1, 24 pr. *rei uxoriae*] *rei uel* (aus R. U.)
47, 10, 7 § 8 *populi Romani*] *praetoris* (aus P. R.)
49, 15, 7 § 1 *uiribus*] *uiri boni* (aus UIRIB.)

---

(1) Es schien nützlich auch einige Besserungs-Vorschläge mitaufzunehmen, an deren Richtigkeit gezweifelt werden kann.

(2) In der Wiedergabe der Notae sind die Abkürzungen, deren Zeichen in der heutigen Schrift fehlen, durch einfachere Zeichen ersetzt worden.

(3) Diese Abkürzung ist zwar für *naulam* nicht bezeugt und jedenfalls nur ausnahmsweise verwendet worden, aber in dem gegebenen Zusammenhang für den fachkundigen Leser leicht verstandlich.

(4) Auch diese Abkürzung ist nicht überliefert, aber in den Abhandlungen über Hypotheken sicher verwendet.

(5) Diese Nota ist ebenfalls nicht bezeugt, aber in dem gegebenen Zusammenhang berechtigt.

Aus einem Zusammentreffen entstellter Notae oder verdorbenen Textes und verkehrter Auflösung einer Abkürzung oder Uebersehen derselben sind folgende Versehen entstanden :

1, 10, 1 § 2 die Worte *ex senatus consulto consilii causam* sind zweifellos verdorben (1) ; wenn, wie wahrscheinlich, der Vorschlag von Hotomanus : *ex sententia consilii causam* das Richtige trifft, so wäre aus EXS. C. CAUSAM zunächst EXS. C. C. CAUSAM geworden und dies dann in den überlieferten Text aufgelöst worden.

12, 2, 13 § 2 *post longi temporis praescriptionem* ist nicht zu halten (2) ; vermutlich schrieb Ulpian *praeter praescriptionem, praeter* war wie gewöhnlich durch P̀T. wiedergegeben, daraus wurde P̀T. P. und dies führte zunächst zu der Auflösung *post temporis* und dann zur Ergänzung *post longi temporis*.

19, 1, 31 § 2 *ius eius* könnte aus *iuste* (so Mommsens Vorschlag) so entstanden sein, dass *t* über der Zeile undeutlich ergänzt war, so dass man IUSE' las.

32, 11 § 22 wäre *fecerit* aus *fideicommiserit* = F̄CSERIT gemacht worden

33, 1, 19 § 2 *testatrix L. Titio* (so *Mommsen*) ist aus TESTA TRIXL. TITIO zu *testatrix quadraginta Titio* geworden

35, 1, 43 pr. könnte *per praetorem* aus PPTE = *pro parte* (Mommsen) entstanden sein

36, 1, 20 § 1 *senatus consulti* (= SCI) aus FCI = *fideicommissi*

37, 1, 12 pr. *rem publicam* (= R. P.) aus P. R. = *populum Romanum* ?

37, 5, 8 § 6 *hoc nominetur* aus H. (= *hereditas*) HOCNONMINUETUR ?

40, 9, 8 *fideicommissi causa* aus F. C. = *fraudandorum creditorum*

42, 5, 25 *receperit* aus F. C. (= *fraudandorum creditorum*) CEPERIT

49, 14, 14 *cum* aus S. C. = *senatus consulto*

Zum Schluss möge noch auf einige Fehler hingewiesen werden, die ihren Ursprung einem Uebersehen der Notae oder der Auffassung derselben als getilgter Buchstaben zu verdanken scheinen.

---

(1) Vgl. Wlassak in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung R. A. 28, 52 gegen Karlowa.

(2) Vgl. Mitteis Textconjecturen 4.

30, 89 ist hinter *facit* wohl ID. (= *idem*) ausgefallen
39, 4, 6 wurde I. ESSE (= *interesse*) zu *esse*
39, 6, 31 § 2 ist zwischen *autem* und *capitur* M. C. = *mortis causa* ausgefallen
Umgekehrt scheint 13, 6, 10 pr. *culpa eius* aus Umdeutung der Tilgung CULPAÉ in CULPAE' enstanden zu sein.

Paul Krüger,
Professor an der Universität Bonn.

Ueber eine Stelle aus der Rede des Cicero für den Caecina

I.

Die Narratio der Rede des Cicero für den A. Caecina beginnt mit der Person des M. Fulcinius. Er war ein sehr angesehener Bürger des Municipiums Tarquinii und hatte in Rom ein bedeutendes Bankgeschäft (1). Er hatte zur Frau Caesennia, die gleichfalls aus seiner Heimatstadt entstammte. Nun heisst es weiter (§ 11):

Huic Caesenniae fundum in agro Tarquiniensi vendidit temporibus illis difficillimis solutionis (2); cum uteretur uxoris dote numerata, quo mulieri res esset cautior, curavit, ut in eo fundo dos collocaretur.

Diese Stelle, welche mannigfache Auslegung erfahren hat, ist für die Geschichte des römischen Dotalrechts sowohl als auch des Pfandrechts nicht ohne Bedeutung. Gleichwohl ist sie in den Spezialwerken, welche sich mit diesen beiden Rechtsmaterien beschäftigen, nicht berücksichtigt. Wir finden sie weder in den bekannten Büchern von *Bechmann* (3) und *Czylharz* über das Dotalrecht behandelt, noch in den pfandrechtlichen Monographien von *Dernburg*, *Herzen*, *Manigk*, *Weiss*, *Pappulias*, *Fehr*. Auch *Rabel* in seiner anre-

(1) Cic. p. Caec. § 10: qui et domi suae cum primis honestus existimatus est et Romae argentariam non ignobilem fecit.

(2) Damit sind wohl die Zeiten nach der lex Valeria (vielleicht 86 v. Chr.) gemeint, nach welcher argentum aere solutum est: Sall. Catil. 33. Vgl. Vell. 2, 23. Cicero pro Quinctio § 17. Zeitschrift der Savigny-Stiftung XIV, 78.

(3) Auch in *Bechmann's* : « Kauf » ist sie nicht erwähnt.

genden Untersuchung über die « nachgeformten Rechtsgeschäfte » (1) ist an ihr vorbeigegangen. *Costa* in seiner grossen und lehrreichen Schrift « Cicerone giureconsulto » (Bologna 1911) erwähnt sie S. 52 n. 6, ohne sie jedoch zu besprechen. Dagegen wird sie natürlich, mehr oder weniger ausführlich, von den Schriftstellern behandelt, welche die Rede des Cicero erörtert haben. Sehen wir also, was sie darüber sagen.

Bethmann-Hollweg, der römische Civilprozess II (1865) S. 829, schreibt : « In einer Zeit schwieriger Geldverhältnisse verkaufte er (Fulcinius) ihr (der Caesennia) ein Landgut in dem Gebiet von Tarquinii und veranlasste *dann*, dass die in Geld von ihr empfangene Dos darin sicher gestellt wurde ». Dazu bemerkt er in der Note : « Ein bekannter Fall der mutatio dotis. L. 21 D. de pact. dot. (23, 4) ».

Diese Erklärung hat bei dem neusten Erklärer unsrer Rede, *Boegli* (2), Beifall gefunden. Aber sie giebt Anlass zu mehr als einem Bedenken. *Bethmann-Hollweg* nimmt zwei Rechtsgeschäfte zwischen Fulcinius und der Caesennia an : den Verkauf eines fundus und die Collocatio dotis in demselben. Dies bezeichnet er als mutatio dotis, wobei freilich nicht ersichtlich ist, ob die mutatio dotis in den beiden Rechtsgeschäften oder im ersten oder im zweiten liegen soll. Ferner ist eine Sicherstellung doch keine mutatio. Wegen Rückgabe der Dos hat die Frau ein Forderungsrecht gegen den Mann ; eine Sicherstellung würde bedeuten, dass der Mann der Frau ein Pfand oder Bürgen für ihre Forderung giebt. Eine mutatio dotis dagegen bedeutet eine Vertauschung des Objekts der Dotalforderung (3). Läge eine solche vor, so hätte Fulcinius mit der Caesennia ein Pactum geschlossen des Inhalts, dass anstatt der Geldsumme, die er als Dos empfangen hatte (cum uteretur dote numerata), ein Landgut

---

(1) Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abteilung, XXVIII, 1907, S. 351.

(2) Ueber Ciceros Rede für A. Caecina. Burgdorf 1906.

(3) Sie kommt daher thatsächlich auf eine permutatio hinaus, was Boegli bestreitet, a. a. O. S. 8. *Bechmann*, Dotalrecht II 227, spricht gradezu von einem Tauschvertrag, cf. D. 23, 3, 25 ; 26. 23, 4, 21.

die Dos bilden sollte. Aber Cicero, und im Anschluss an ihn *Bethmann-Hollweg*, schildert das Geschäft ganz anders. Und ausserdem wäre nicht zu sehen, in wiefern die Caesennia dadurch besser gesichert gewesen wäre. Denn wenn Fulcinius in Konkurs geriet, so ist es doch fraglich, ob Caesennia bezüglich des Landgutes favore dotis ein Aussonderungsrecht gehabt hätte. Wir müssen aber diesen Punkt hier vorläufig zurückstellen.

Lassen wir also den Gedanken an die mutatio dotis fallen, so wird dadurch doch die Erklärung *Bethmann-Hollweg's* nicht klarer. Fulcinius verkaufte seiner Frau einen fundus. Dann hatte er also den Kaufpreis *und* die dos numerata. Oder verkaufte er den fundus für die dos? oder um einen Scheinpreis? Dann war möglicherweise das ganze Geschäft eine verschleierte Schenkung und infolge dessen nichtig. Diese Schwierigheit wird allerdings behoben, wenn wir mit *Alibrandi* (1) und *Kipp* (2) annehmen, dass das Verbot der Schenkung unter Ehegatten erst durch eine lex Julia eingeführt wurde, wie es ja der lex Julia de repetundis vom Jahre 59 v. Chr. noch fremd zu sein scheint (3). Aber wie stellte nun Fulcinius die Dos numerata auf dem verkauften Fundus sicher? Das liesse sich so denken, dass er die betreffende Summe als Hypothek auf das Grundstück gab und beim Kaufpreise in Anrechnung brachte. Dann wurde die Frau für diese Summe seine Schuldnerin, und ihr Dotalanspruch bei Auflösung der Ehe bestand in einem Anspruch auf Befreiung von der Schuld oder Tilgung der Hypothek. Hiedurch bekam allerdings Fulcinius Barmittel, die er vermutlich dringend brauchte, da er ja von seinen Schuldnern nach der lex Valeria nur den vierten Teil seiner Forderungen bezahlt erhielt (4), und seine Frau hatte gegen seine Gläubiger, falls er in Vermögensverfall geriet, einen gewissen Schutz. Denn wenn es zur Venditio bonorum kam

(1) Opere giuridiche I p. 593 sq.

(2) Zu Windscheid § 509 n. 1. Geschichte der Quellen des röm. Rechts, 3 Aufl., p. 108 n. 33.

(3) D. 48, 11, 1, 1.

(4) s. o. S. 43, n. 2.

und der bonorum emptor die Hypothekenforderung des Fulcinius geltend machen wollte, so hatte die Caesennia wegen ihrer Dotalforderung das Recht der deductio. Aber gesetzt dies wäre alles richtig, so erhebt sich die Frage, ob denn die Römer in der Zeit, als Cicero den Caecina verteidigte, überhaupt schon die Hypothek kannten, und Niemand wird den Mut haben angesichts der neuesten Forschungen diese Frage zu bejahen (1), mag man über sie sonst denken, wie man will. Wir lassen es also dahingestellt sein, ob *Bethmann-Hollweg* die richtige Vorstellung von dem fraglichen Rechtsgeschäft gehabt hat; klar ausgedrückt hat er sich darüber jedenfalls nicht.

Die übrigen Erklärer, abgesehen von dem letzten, *Kappeyne van de Copello* (2), *Roby* (3) und *Costa* (4) sehen in dem Geschäft eine mutatio dotis. Unsere Bedenken gegen diese Auffassung haben wir bereits geltend gemacht. Sie sind aber noch nicht erschöpft. Hätte eine mutatio dotis stattgefunden, so wäre das Grundstück dotal geworden. Es ist aber fraglich, ob Cicero sich dann des Ausdruckes « vendidit » bedient hätte. Vielmehr weist das « vendere » darauf hin, dass das Grundstück in das freie Eigentum der Frau, also in das Paraphernalvermögen, übergehen sollte. Wäre es « Dos » geblieben, so hätte es der unbeschränkten Verfügungsmacht des Mannes unterstanden, da das Veräusserungsverbot der lex Julia noch nicht existierte, und es hätte wahrscheinlich auch dem Zugriff der Gläubiger nicht Widerstand leisten können, wenn es zur Venditio bonorum gekommen wäre. Ob die Frau daran ein Aussonderungsrecht oder ein Konkursprivileg gehabt hätte, wissen wir nicht.

Boegli, der neuste Interpret der Rede, giebt folgende Erklärung, für welche er ausdrücklich das Recht der

(1) *Girard*, Manuel 5 Aufl. p. 771 n. 4.

(2) Over vim facere in het interdictum uti possidetis, 1880. Uebersetzt von Conrat in den Abhandhungen z. röm. Staats- und Privatrecht, 1885 (Ueber den Rechtsfall des Caecina, S. 129 ff.). Mir nur aus den Zitaten bei Boegli bekannt.

(3) Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines. Cambridge, 1902. Volume II. Appendic D. p. 510.

(4) Le orazione di diritto privato di M. Tullio Cicerone, 1899, p. 78.

Priorität in Anspruch nimmt : « Der Betrag der in barem Geld empfangen Mitgift der Frau wurde in dem abgetretenen (sic!) Grundstück angelegt und dadurch sicher gestellt. Denn da bei den Römern die Frau ihre Mitgift regelmässig nach Aufhebung der Ehe zurückerhielt und sie schon während der Ehe zurückfordern konnte, sobald der Mann in Vermögensverfall geriet, behielt nunmehr Caesennia bei einem allfälligen Konkurse ihres Gatten auch die von ihm in dem erwähnten Landgut angelegte Summe kraft ihres Vorzugsrechts als Eigentum, d. h. das bisherige Pfandrecht des Fulcinius an dem Grundstück erlosch durch Confusion, indem sich jetzt das Eigentum des verpfändeten Gegenstandes und das Pfandrecht selbst in derselben Person vereinigte ».

Das « Anlegen » und « Sicherstellen » also besteht, wie aus dem zweiten Satze hervorgeht, nach *Boegli* im Erwerb eines Pfandrechts, wobei freilich nichts darüber gesagt wird, welcher Art dies Pfandrecht war, ob Fiducia, Faustpfand oder Hypothek. Vermutlich meint Boegli, dass die Summe, für welche das Pfandrecht haften sollte, bei der Zahlung des Kaufpreises gleich in Abzug gebracht wurde; wenigstens darf man das wohl aus einer Bemerkung auf S. 8 (1) erschliessen. Im Konkurse des Gatten nimmt dann Boegli « ein Vorzugsrecht » der Gattin an, worunter er wohl ein privilegium exigendi (protopraxia) versteht. Caesennia musste also vom bonorum emptor voll befriedigt werden. Das geschah, indem sie die Hypothek an dem ihr gehörigen Grundstücke erwarb, die dadurch nach römischem Recht zum Erlöschen gebracht wurde (2). Diese Erklärung läuft im Grunde genommen auf dasselbe hinaus, was *Bethmann-Hollweg* sagt, wie auch *Boegli* selbst zugiebt, indem er als eigenes Verdienst nur die « ausführlich vorgebrachte Auslegung » betrachtet. Freilich hat auch er die Hauptfragen, die wir immer wieder aufgeworfen haben, nämlich nach der Natur des Pfandrechts und nach der Existenz des Konkurs-

(1) « Im übrigen wird wohl in unserm Falle die Kaufsumme mehr betragen haben als die Mitgift d. h. die in dem Grundstück angelegte Summe ».

(2) Dig. 50, 17, 45 pr. 44, 2, 30, 1 i. f. 36, 1, 61 pr.

privilegs der Frau, nicht beantwortet, ja nicht einmal berührt, und im übrigen gelten die von uns oben gegen *Bethmann-Hollweg's* Erklärung vorgebrachten Einwendungen unvermindert auch gegen *Boegli*.

Die Hauptfrage, von deren Entscheidung die richtige Erklärung der Stelle abhängt, ist die, ob Cicero mit den Ausdrücken « vendidit » und « curavit, ut in eo fundo dos collocaretur » *ein* Reschtsgeschäft oder *zwei* bezeichnet. Das hängt vor allen Dingen ab von der Bedeutung des Wortes « collocare ». Alle Ausleger sehen in dem « pecuniam collocare » eine hypothekarische Anlage. Aber diese Annahme scheitert schon daran, dass wir die Existenz des Vertragpfandes für die ciceronianische Zeit in Italien bestreiten müssen. Es könnte sich also nur um Fiducia oder Pignus im engern Sinne handeln. Was das letztere betrifft, so hätte es wenig Sinn gehabt, wenn Caesennia ihrem Gatten erst ein Grundstück abgekauft und es ihm dann wieder zum Besitzpfand gegeben hätte ; es wäre dadurch die « Sicherstellung » wieder so gut wie illusorisch geworden. Denn wenn Fulcinius in die Klemme kam und anderweitig über das Grundstück verfügte oder ein Gläubiger die Hand darauf legte, so musste Caesennia im Prozesswege erst wieder ihr Recht erstreiten, wobei in jenen « tempora difficillima » der Erfolg mindestens zweifelhaft war. Ueber Fiducia soll nachher gesprochen werden. Zunächst sei jedoch einmal festgestellt, was denn « collocare » eigentlich bedeutet. Die deutschen Uebersetzungen, die *Georges* in seinem berühmten Wörterbuche vorschlägt : « anlegen, anbringen, unterbringen » verführen dazu, in erster Linie an hypothekarische Anlage zu denken. Aber die Beispiele, welche in den meisten Wörterbüchern vorgebracht werden, beziehen sich zumeist auf Erwerb von Grundstücken oder Forderungen.

Cic. pro Caec. § 15 : quoniam potestas esset *emendi* fundum illum Fulcinianum, qui fundo eius antiquo continens esset, nullam esse rationem amittere eius modi occasionem, cum ei praesertim pecunia in partitione deberetur; *nusquam posse eam melius collocari*.

Cic. pro Caec. § 16 : cum pecunia Caesenniae ex illa hereditate deberetur, *eam porro in praediis collocari* maxime expediret.

Tac. ann. 6, 17 : Ad hoc senatus praescripserat, duas quisque faenoris partes in agris per Italiam conlocaret. cf. Sueton Tib. 48. Dass damit Kauf von Grundstücken gemeint ist, zeigt der Fortgang der Darstellung des Tacitus : ea, quae remedio quaesita, *venditio et emptio*, in contrarium mutari, quia faeneratores omnem pecuniam *mercandis* agris condiderant. Copiam *vendendi* secuta vilitate, quanto quis obaeratior, aegrius *distrahebant*... neque *emptio* agrorum exercita ad formam senatusconsulti.

Gai. Dig. 17, 1, 2, 6 : Tua gratia intervenit mandatum, velut si mandem tibi, ut pecunias tuas potius *in emptiones praediorum colloces* quam faenores, vel ex diverso ut faenores potius quam *in emptiones praediorum colloces*.

Ulp. Dig. 47, 2, 43, 3 : Si quis nihil in persona sua mentitus est, sed verbis fraudem adhibuit, fallax est magis quam furtum facit : ut puta si dixit se locupletem, si in *mercem se collaturum*, *quod accipit* etc.

Neben diesen Verbindungen finden wir in den Rechtsquellen auch öfter die Wendungen collocare nominibus : Paul sent. 1, 4, 3; 2, 14, 6. Procul. Dig. 32, 86, Marcian. Dig. 35, 2, 89, pr. oder in nomina : Scaev. Dig. 26, 7, 58, 3 (1). Und gewiss wird man sich für solche Forderungen haben Sicherheit geben lassen, zumal wenn die nomina, wie in der angeführten Stelle des Marcian, als idonea bezeichnet werden. Aber nirgends finde ich ein Beispiel dafür, dass die Wendung : pecuniam collocare in praedio oder eine ähnliche sich auf Erwerb einer Hypothek oder eines andern Pfandrechts bezieht; immer ist damit käuflicher Erwerb gemeint. Collocare heisst daher : « *verwenden* » (2).

---

(1) Vgl. auch Plin. ad Trai. 10, 55 (63). Collocare penes aliquem Pap. Dig. 36, 2, 26, 1 oder apud aliquem Ulp. Dig. 37, 6, 1, 10 wird auf depositum (regulare oder irregulare) zu beziehen sein. Vgl. *Kuttner* in der Festschrift für v. Martitz, 1911, S. 374.

(2) So auch *Seckel* in Heumann's Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts s. v. Collocare Ziffer 4.

Wenden wir dies Resultat nun an zur Erklärung unserer Cicerostelle, so ergiebt sich daraus, dass der Satz : « cum uteretur... curavit, ut in eo fundo dos collocaretur » gegenüber dem ersten nichts neues bringt, nicht auf ein zweites Rechtsgeschäft deutet, sondern nur zur Erklärung des ersten Satzes dient. Das « vendere » ist genau dasselbe, wie das « dotem in fundo collocare ». Man kann dabei das « vendere » ganz wörtlich verstehen. Nehmen wir an, die Mitgift habe 100000 Sesterzien betragen und zu demselben Preise habe Fulcinius der Caesennia den Fundus verkauft, so konnte der Kaufpreis gegen die Mitgiftforderung aufgerechnet werden. Dann hatte Fulcinius das bare Geld frei für sein Geschäft und Caesennia ein Grundstück. Vielleicht machte Caesennia dabei ein sehr gutes, wenn auch ganz ehrliches Geschäft. Denn die Grundstücke waren damals aus denselben Gründen, wie den bei Tacitus ann. 6, 17 angegebenen, sehr billig : iacebant pretia praediorum (1). Sie stiegen jedoch bald wieder im Preise und waren dann sehr wertvolle Vermögensobjekte (2). Es konnte auch sein, dass Fulcinius den Fundus als verfallene Fiducia irgend eines Schuldners erworben hatte. Aber wenn er ihn nun seiner Gattin verkaufte und die empfangene Dos als Preis dafür anrechnete, so hatte er keine Dos mehr, und Caesennia war indotata. Das war aber sicherlich nicht seine Absicht und entsprach auch nicht dem Gebahren eines so gewiegten Geschäftsmannes, wie Fulcinius es war.

Daher kann « vendidit » nicht im eigentlichen Sinne verstanden werden. Es handelt sich vielmehr um einen Scheinkauf oder, wie wir sagen würden, um eine Sicherungsübereignung. Entweder war das Geschäft ein Verkauf mit Rückkaufsberechtigung oder, was wahrscheinlicher ist, eine Fiducia. In dem Augenblick, in welchem es vorgenommen wurde, hatte Caesennia überhaupt noch keine fällige Forderung. Ihr Dotalanspruch war eine obligatio futura, die erst existent wurde, wenn die Ehe geschieden oder durch den

(1) Cic. pro Rosc. com. § 33. Vgl. Cic. pro Rosc. Amer. § 21.
(2) Das zeigt besonders die Rede für der Schauspieler Roscius.

Tod eines der Gatten getrennt wurde (1). Sie sollte daher das definitive Eigentum an dem Fundus nur erhalten, wenn ihr nach Trennung der Ehe die Dos nicht zurückgezahlt würde. Zu dem Zwecke wurde ihr der Fundus nummo uno ob tot milia sestertium manzipiert und in einem pactum adiectum verpflichtete sie sich zur Remancipation, si matrimonio soluto dos redderetur. Da eine bedingte oder betagte Manzipation unmöglich war, so konnte das Geschäft in anderer Weise nicht geschlossen werden.

Dass diese Auffassung unserer Stelle möglich ist, das beweist vor allem die pompeianische Fiducia-Urkunde C. I. L. IV Suppl. 1 n. CLIV u. CLV = Girard Textes[3] p. 783 sq. = Bruns-Gradenwitz, Fontes juris Rom. 7e ed. p. 232 sq. : eaque mancipia singula sestertiis nummis singulis Dicidia Margaris *emit* ob sestertios n. MLD et mancipio accepit de Poppea Prisci liberta Note (2). Schon ehe diese Urkunde bekannt geworden war, schrieb *Dernburg* in seinem Pfandrecht I (1860) S. 184 : « Vor allem kam es vor, dass die Partheien bei der Verpfändung von einem Verkauf statt von einem Pfandrecht sprachen. Dies hatte — auch heutzutage findet sich wohl Ähnliches — seinen Grund darin, dass ein Aufnehmen eines Darlehens mit Pfandhingabe leicht etwas Unangenehmes hat, was man durch den weniger anstössigen Namen des Verkaufes zu verdecken suchte ». Er verweist auf Mod. Dig. 13, 7, 39 und Cod. 4, 22, 3 (a. 294). Die erstere Stelle bezieht *Eck* auf Fiducia. An der letzteren heisst es :

Emptione pignoris causa facta non quod scriptum, sed quod gestum est, inspicitur.

Eck a. a. O. fügt noch hinzu Dig. 20, 5, 5, 1 und 35, 1, 17 pr. Dass auch « vendere » in dem weiteren Sinne von « verfügen » « veräussern » gebraucht wird, ergiebt Dig. 20, 6, 8, 11 (3). Für die engen Beziehungen zwischen Verkauf

(1) *Weiss*, Pfandrechtliche Untersuchungen I 99. *Brinz*, Pandekten II[2] 860, 4. *Czylharz*, Dotalrecht S. 213 fg. *Bechmann*, Dotalrecht I S. 150 fg.

(2) Vgl. *Eck*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abt., IX, 1888, S. 75.

(3) Vgl. *Heumann-Seckel* s. v. vendere. — Vgl. auch Senec. de benef. 5, 10, 1 : venditio alienatio est et rei suae iurisque in ea sui ad alium translatio. Zu Dig. 13, 7, 39 vgl. *Manigk*, Pfandrechtliche Untersuchungen I p. 134.

und Verpfändung, beziehungsweise Sicherungsübereignung verweise ich auf die belehrenden und anregenden Ausführungen *Rabel's* in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Roman. Abteilung, XXVIII (1907), 351-372 (1).

Doch man könnte einwenden, dass Cicero keinen Grund gehabt habe, « vendere » zu sagen für « mancipare » oder « mancipio dare » oder « fiduciae dare ». Sind ihm doch diese Rechtsgeschäfte und die Ausdrücke dafür wohlbekannt (2). Es ist nun aber keineswegs ausgeschlossen, dass sich in den Schriften Cicero's noch weitere Stellen finden, an denen « vendere » im uneigentlichen Sinne gebraucht ist und dass man sie nur bisher ebensowenig beachtet hat, wie diejenige, welche uns beschäftigt. So sagt er z. B. emere und vendere von Uebernahme und Vergebung der Lieferung der Decumae in Sicilien, in Verr. 2, 3, 42, 99; 64, 149. Mehr dergleichen wird sich gewiss finden lassen, wenn erst einmal die Aufmerksamkeit darauf gelenkt ist. Es kann auch darauf hingewiesen werden, dass Hyperides in der Rede gegen Chares nach dem Zeugnis des Pollux 8, 142 ἀποδόμενος sagte statt ὑποθείς (3).

Nur wenn man unter der Venditio eine Sicherungsübereignung, sei es Rückkaufsgeschäft, sei es Fiducia, versteht, erhält unsere Stelle einen befriedigenden Sinn. Alle Auslegungen, welche mit der Venditio als einer wirklichen, definitiven Veräusserung an die Frau operieren, führen zu unmöglichen Resultaten. Denn dann muss man entweder annehmen, dass der Kaufpreis gegen die, noch nicht einmal existente, Dotalforderung verrechnet wurde, und dann wurde die Dos überhaupt aufgehoben, was aber eine Abfindung der Frau, keine Sicherung derselben bedeutete, und eine Sicherung war doch nach dem aus-

(1) Den Papyrologen sind diese Dinge geläufig. Ich halte für Sicherungsübereignung oder Kauf auf Rückkauf auch Pap. Lips. 1 mit *Frese*, Aus dem graeko-ägyptischen Rechtsleben S. 15.

(2) Siehe über mancipatio *Costa*, Cicerone giureconsulto 1911 p. 95 sq.; über fiducia ebenda 130 sq. und *Fehr*, Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in klassischer Zeit, Upsala 1910, S. 14 fg.

(3) Bekanntlich hat Cicero den Hyperides als Redner sehr hoch gestellt. Vgl. z. B. de orat. 1, 13, 58. 2, 23, 94. 3, 7, 28. Brut. 9, 36. 17, 67. 82, 285. 84, 290.

drücklichen Zeugnis des Cicero allein beabsichtigt : quo mulieri res esset cautior. Oder man muss annehmen, dass Caesennia den Fundus wirklich erwarb und den Kaufpreis bezahlte. Dann entsteht die Frage, wie denn nun die Sicherung des Dotalanspruchs erfolgte. Hypothek ist ausgeschlossen. Fiducia oder pignus aber hätte eine ganz überflüssige Hin- und Herschiebung von Besitz oder Eigentum erfordert. Man konnte dasselbe Resultat doch viel einfacher erreichen, wenn Fulcinius der Caesennia den Fundus gleich fiduciae causa manzipierte. Dann war sie wirklich gesichert, und der kürzeste Weg ist, wie überall, so auch im Privatrecht der beste. Man wende dagegen nicht ein, dass Cicero gleich hinterher den Fundus als Eigentum der Frau bezeichnet : Aliquanto post iam argentaria dissoluta Fulcinius huic *fundo uxoris* continentia quaedam praedia atque adiuncta mercatur. Denn formell war Caesennia Eigentümerin. Später, nach dem Tode des Mannes, hat sie auch das definitive Eigentum erlangt. Aber das kann dadurch geschehen sein, dass sie auf ihren Dotalanspruch verzichtete (1). Vermutlich stand sie sich dabei besser. Denn die Grundstücke waren in der Zwischenzeit im Werte sehr gestiegen. Möglich ist aber auch, dass sie den Fundus aus dem Testament ihres Sohnes Fulcinius erwarb. Denn dieser war Universalerbe des Vaters geworden, während der Witwe Caesennia der Niessbrauch am gesamten Vermögen des älteren Fulcinius in Gemeinschaft mit dem Sohne vermacht worden war. Der jüngere Fulcinius, der gleichfalls von Caesennia überlebt wurde, setzte einen gewissen Caesennius, dessen verwandtschaftliche Beziehungen zum Erblasser nicht mitgeteilt werden, zum Erben ein und vermachte seiner Mutter den grösseren Teil des Vermögens (2).

Dass in Griechenland sowohl, wie in Italien, die Sicherung des Dotalanspruchs der Frau durch Pfand eine weit ver-

(1) Vgl. Dig., 46. 3, 45.

(2) p. Caec. 4, 12. Zum Erben einsetzen konnte er sie nicht wegen der lex Voconia. Wie er ihr partem maiorem bonorum vermachen konnte, ist unklar, da die lex Voconia doch nicht gestattete plus legatorum nomine capere, quam heredes caperent. Gai. II 226.

breitete Sitte war, hat neuerdings *Weiss* in seinen pfandrechtlichen Untersuchungen, I, S. 67-120 sehr schön nachgewiesen. Bemerkenswert sind vor allem zwei attische ὅροι. C. I. A II 1105 = Recueil des Inscr. jurid. Gr. I, 112 nr. 27 : Ὅρος χωρίου πεπραμένου ἐπὶ λύσει Εὐθυδίκει προικὸς χιλίων πεντήκοντα und Berliner Sitzungsber. 1897, 665, Nr. 3 : Ὅρος οἰκίας πεπραμένης ἐπὶ λύσει Μαλθακῇ τῇι Λεωστράτου θυγατρὶ Ἀλωπεκῆθεν προικός. *Weiss* bemerkt dazu : « Was die Parteien dazu brachte, sich gerade dieses Rechtsmittels zu bedienen, ist ganz ungewiss; möglich, dass der Mann in Vermögensverfall geraten und so eine besonders feste Sicherung des Frauengutes erforderlich war ». Das ist genau der Zustand, den Cicero schildert : temporibus illis difficillimis solutionis, quo mulieri res esset cautior. Die beiden ὅροι liefern zu unserer Stelle geradezu eine Illustration.

Auch auf den Papyri finden sich häufig Spezialverpfändungen für Dotalansprüche; besonders sei hingewiesen auf das Testament des Hermagoras aus Hermupolis vom Jahr 276 p. Chr. P. Oxy. VI, 907, l. 18 = Chrest. 317 (dazu *Weiss* a. a. O. p. 114, *Schwarz*, Hypothek und Hypallagma. p. 142, *Rabel*, Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, p. 76) : σειτικὰς ἀρούρας πάσας προυπαλλαγείσας αὐτῇ ὑπ' ἐμοῦ πρὸς τὴν προσενεχθεῖσάν μοι ἐπ' αὐτῇ ‥ φερνήν ,

Ferner auf P. Oxy. VII, 1034, gleichfalls ein Testament, aus dem 2 Jahrhundert n. Chr. (dazu *Schwarz* a. a. O.) : ἧς προυπήλλαξα πρὸς τὴν ἐπενεχθεῖσαν αὐτῷ ἐπὶ τῇ γυναικὶ αὐτοῦ κειμένην αὐτοῖς γαμικὴν συγγραφήν.

Vor allem aber gehört in diesen Zusammenhang die vielbesprochene Urkunde B G U, III, 970 = Chrest. 242 (*Rabel* a. a. O. p. 77 ; *Weiss* a. a. O. p. 88, 90 ; *Schwarz* a. a. O. p. 141 ; *Mitteis*, Röm. Privatr. I, 371 fg. ; *Eger*, Grundbuchwesen, p. 67 ; *Leuald*, Grundbuchrecht, p. 68) aus dem Jahr 173/4 n. Chr. Tapetheus sagt in einer Eingabe an den Statthalter Pactumeius Magnus, sie habe bei ihrer Verheiratung ihrem Mann Limnaeos eine Dos von 900 Drachmen eingebracht. Dafür habe sie folgende Sicherheit (ἀσφάλεια) erhalten : ἐὰν γένηται μὴ εὐτονῆσαι αὐτὸν ἀποδοῦναί μοι τὴν προῖκα (1), λαβεῖν

(1) « Temporibus difficillimis solutionis », Cicero,

με τὸ ὑπάρχον αὐτῷ ἐν τῇ προγεγραμμένῃ Καρανίδι δίμοιρον μέρος πατρικῆς οἰκίας καὶ αὐλῆς καὶ χορτοθήκης καὶ ἐκ τοῦ πρὸς ἀπηλιώτην μέρους ψειλὸν τόπον, δηλωθέντος διὰ τῆς αὐτῆς ἐνγράφου ἀσφαλείας ἀποδώσειν με Σισόιτι δανιστῇ αὐτοῦ ἐπὶ τοῖς προκειμένοις δραχμὰς ἑκατόν. Die zur Sicherstellung der Frau bestimmten Grundstücke waren also bereits dem Gläubiger Sisois für 100 Drachmen verpfändet, und sie musste, um ihre Ansprüche geltend machen zu können, diese Schuld erst tilgen. Das Weitere interessiert hier nicht.

Endlich sei noch erwähnt die in das Grundbuch eingetragene Generalverpfändung für Dotalansprüche aus dem Jahre 125 n. Chr. BGU 1072 = Chrest. 195 (dazu *Eger*, Grundbuchwesen S. 139. 166; *Lewald*, Grundbuchrecht S. 16 fg.; *Weiss* a. a. O. S. 95; *Schwarz* a. a. O. S. 52, 62; *Rabel*, a. a. O. S. 39; *Preisigke* Girowesen S. 493 f.). Die Eintragung lautet: Συγγραφὴν ἔθετο γυναικὶ Ἡροῦτι Παστοῦτος Πετεσούχου μητρὸς Θενηρακλείας ἀπὸ τῆς αὐτῆς κώμης, δι' ἧς ὑπαλλάσσει πρὸς τὴν ἑαυτῆς φερνὴν πάντα ὅσα ἔχει καὶ ὅσα ἄλλα ἐὰν ἐπικτήσηται.

Dass aber solche Verpfändungen für Dotalansprüche, wie sie uns durch griechische Litteratur, Grammatikerzeugnisse (1), Inschriften (2) und Papyri bezeugt sind, auch in Italien vorkamen, dafür haben wir mehrfache Belege in den Digesten und im Codex, die von *Weiss* herangezogen und besprochen sind, und wenn dieser Schriftsteller meint, dass sie zumeist sich auf Fälle des griechischen Ostens beziehen, so mag er im Einzelnen wohl Recht haben; er hätte aber vielleicht dies Moment weniger stark betont, wenn er unsere Cicerostelle berücksichtigt hätte. Ebensowenig kann ich ihm darin beistimmen, dass er (p. 98) für die gewöhnliche Form der Sicherung die Hypothek hält, während Faustpfand und Fiducia als zu schwerfällig ausgeschlossen gewesen seien. Diese Auffassung erklärt sich allerdings teilweise daraus, dass *Weiss* bei Abfassung seiner Schrift *Fehr's* Untersuchungen über die Hypothek im römischen Rechte noch nicht kannte. Einige der von ihm herangezogenen Stellen können sehr wohl im ursprünglichen Texte von der Fiducia gehandelt haben, so Dig. 24, 1, 7, 6:

(1) Bekker, Anecdota, p. 432, 12.

(2) Vgl. auch Kohler u. Ziebarth, D. Stadtrecht von Gortyn, 1912, S. 16.

Ulpianus l. 31 ad Sabinum. Si uxor a marito suo prædia, quae ob dotem pignori acceperat emerit, eaque emptio donationis causa facta dicatur, nullius esse momenti, pignoris tamen obligationem durare imperator noster cum patre suo rescripsit, cuius rescripti verba ideo rettuli, ut appareat venditionem inter virum et uxorem bona fide gestam non retractari. « Si tibi maritus pignora propter dotem et pecuniam creditam data non donationis causa vendidit, quod bona fide gestum est, manebit ratum. At si titulus donationis quaesitus ostenditur atque ideo venditionem irritam esse constabit, iure publico causam pignorum integram obtinebis ».

Der Fall scheint so zu liegen, dass der Ehemann zunächst seiner Frau zur Sicherung ihres Dotalanspruchs Grundstücke verpfändet und sie ihr hinterher verkauft hat. Ist der Kauf zu Schenkungszwecken abgeschlossen, so ist er nichtig, die Verpfändung aber bleibt bestehen. Hier scheint nun die Annahme einer Fiducia unmöglich zu sein. Denn der Verkauf der Fiducia durch den Schuldner an den Gläubiger ist nichtig, Paul. Sent. II, 13, 3 : Debitor creditori vendere fiduciam non potest; es wird also die Frage, ob der Verkauf donationis causa geschehen sei, überflüssig. Dagegen ist der Verkauf des pignus zulässig, Papinian Fr. Vat. 9 : Creditor a debitore pignus recte emit, und Tryph. Dig. 20, 5, 12 pr. : Rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris (1). Aber merkwürdig ist doch, dass in dem Rescript die Florentina mit einigen Handschriften des Dig. vetus « datam » statt « data » hat. Sollte das Zufall sein? Oder sollte vielleicht « pignora » Interpolation für « fiduciam » sein, wobei die Kompilatoren die Änderung von « datam » vergessen hatten? Dann müsste freilich der ursprüngliche Tatbestand ein ganz anderer gewesen sein. Die Stelle enthält auch sonst noch Gründe des Anstosses (2). Ulpian spricht von einem pignus, das Reskript von pignora. Das

(1) Vgl. *Dernburg*, Pfandrecht II, 281.

(2) Hinter « momenti » fehlt ein Substantiv. Man ergänzt « venditionem ». Liegt hier Schreiberversehen vor?

kann man damit erklären, dass mehrere praedia verpfändet sein sollen. Aber dafür dass Ulpian nur ein Pfand ob dotem erwähnt, das Reskript dagegen auch propter pec. creditam, finde ich keine Erklärung. Und der zweite Satz des Reskripts enthält doch eine Selbstverständlichkeit; wenn der Verkauf wegen der Schenkungsabsicht ungültig ist, so wird doch davon das Pfandrecht nicht berührt. Mussten die Kaiser das noch ausdrücklich hervorheben? An dem titulus donationis quaesitus statt donationi quaesitus nahm schon Haloander Anstoss. Und was soll iure publico? *Weiss* sucht es mit dem öffentlichen Interesse zu erklären, « welches nach römischer Ansicht das Vorhandensein einer Aussteuer bei jeder Frau wünschenswert machte » (Dig. 24, 3, 1. 23, 3, 1). Ich weiss nicht, ob diese Erklärung jemand befriedigen wird, und sehe nicht ein, weshalb in dem Reskript auf das ius publicum oder meinetwegen auch auf das öffentliche Interesse verwiesen werden musste, da doch die Frau nur ihr gutes Recht verlangt, wenn sie wirklich dem Manne eine Dos eingebracht hatte. Viel wahrscheinlicher dünkt mich, dass mit dem « ius publicum » auf C. 5, 13, 1, 1[b] verwiesen wird. Danach könnte der in dem Reskript entschiedene und von Ulpian behandelte Fall vielmehr der gewesen sein, dass jemand seiner Frau ob dotem Grundstücke fiduciae causa manzipiert hatte, in Wahrheit aber gar keine Dos erhalten hatte. Dann hätten wir fingierte Dos oder verschleierte Eheschenkung, worüber auf die berühmten Ausführungen von *Mitteis* in seinem Reichsrecht und Volksrecht S. 284 n. 2 u. 3 und S. 287 verwiesen sei. Ein Versuch, den ursprünglichen Wortlaut herzustellen, scheint mir zwecklos zu sein.

Mag die so eben geäusserte Vermutung als verfehlt oder allzukühn verworfen werden, so liegt doch die Sache klarer bei der zweiten von *Weiss* herangezogenen Stelle, Dig. 20, 4, 1. Pap. l. 8 quaest. Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit etc. Wie *Fehr*, Beiträge zur Lehre vom röm. Pfandrecht S. 64, ausführt, könnte pignus hier im Gegensatze zur hypotheca nur vom Besitzpfand verstanden werden. Dem widerspricht

aber der Fortgang der Stelle, welcher Besitzpfand ausschliesst. Daher wird pignus sive hypothecam interpoliert sein für fiduciam. Ueber Dig. 20, 6, 11 (Paul. l. 4 resp.) ist gleichfalls *Fehr* zu vergleichen (a. a. O. S. 71 fg.).

II.

Nach der allgemein herrschenden Auffassung gehörte in Griechenland die Dos der Frau, während der Mann nur Niessbrauch und Verwaltung hatte, in Rom dagegen trotz einiger scheinbar dagegen sprechender Stellen, dem Manne (1). Mit Recht hat *Weiss* darauf aufmerksam gemacht (a. a. O. S. 67 fg.), dass für das griechische Recht jener Satz eine Modification erleide in allen Fällen, in welchen die Mitgift in Fungibilien bestand. Denn hier ging das Eigentum durch Verbrauch an den Mann über (2); er hatte an den Dotalsachen einen Quasiniessbrauch. Grade dieser Umstand machte eine Sicherstellung der Frau wünschenswert und führte den Rechtsgebrauch der Pfandbestellungen herbei. Andrerseits kann man sich die Frage vorlegen, ob der Grundsatz des römischen Rechts, dass die Dos Eigentum des Mannes sei, schon zu allen Zeiten gegolten habe, oder ob er erst von der klassischen Rechtswissenschaft herausgearbeitet worden sei. Auch für die Beantwortung dieser Frage ist unsere Cicerostelle nicht ohne Bedeutung. Hier heisst es : cum uteretur uxoris dote numerata. Das bedeutet natürlich nicht, dass Fulcinius die Dos für sein Geschäft nötig hatte. Auch *Kappeyne* hat das schwerlich gemeint, und wenn *Boegli* aus der Erklärung des holländischen Juristen diese Ansicht herausliest, so tut er ihm Unrecht. Aber Cicero scheint mit dem Worte « uti » doch eine Unterscheidung vom Eigentum zu beabsichtigen, ähnlich wie wir sie beim Horaz finden ; Epist. 2, 2, 158 :

---

(1) Für griechisches Recht vor allem *Mitteis*, Reichsr. S. 232 fg. ; für römisches Recht z. B. *Dernburg*, Pand. III § 18. *Bechmann*, Dotalrecht I 127 fg. *Czyharz*, Dotalrecht, 185 fg.

(2) Anerkannt von *Mitteis*, Grundzüge S. 220 n. 2.

« si proprium est quod quis libra mercatus et aere est, quaedam si credis consultis, mancipat usus ».

oder beim Lucrez, 3, 971 ed. Lachmann :

« vitaque mancipio nulli datur, omnibus usu »,

oder endlich, wie Curius an Cicero (a l fam. 7, 29) schreibt :

« Sum χρήσει μὲν tuus, κτήσει δὲ Attici nostri. Ergo fructus est tuus, mancipium illius ».

Wenn Cicero den Ausdruck « uteretur » anwendet, so will er damit offenbar andeuten, dass der Ehemann nicht absolutes Eigentum an der Dos hat. Zwar darf er über die eingebrachte Geldsumme verfügen wie der Quasiniessbraucher, und dadurch erwirbt er in diesem Falle Eigentum, aber er muss doch jederzeit zur Rückzahlung im Stande sein, und da er in den difficillimis temporibus solutionis mit der Eventualität der Zahlungsunfähigkeit rechnen musste, so hielt er eine Sicherstellung seiner Frau für geboten.

Es entsteht nun die Frage, ob die Frau nicht schon durch ein Privilegium exigendi hinlänglich gesichert war. *Boegli* nimmt das offenbar an, indem er der Frau ein « Vorzugsrecht » zuspricht. Und in der That steht diese Ansicht im Einklang mit der herrschenden Lehre (1). Es ist aber im höchsten Grade fraglich, ob wir ein solches Konkursprivileg schon zur Zeit, als die Rede für den Caecina gehalten wurde, als in Rom geltendes Recht annehmen dürfen. *Lenel* führt als Belege nur Stellen aus Ulpian und Paulus an. Weiter hinauf führt ja das Edikt des Tiberius Julius Alexander, nach welchem das Privileg von Augustus in Ägypten eingeführt wurde : τὰς μὲν γὰρ προῖκας ἀλλοτρίας οὔσας καὶ οὔ τῶν εἰληφότων ἀνδρῶν καὶ ὁ θεὸς Σεβαστὸς ἐκέλευσεν καὶ οἱ ἔπαρχοι ἐκ τοῦ φίσκου ταῖς γυναιξὶ ἀποδίδοσθαι, ὧν βεβαίαν δεῖ τὴν πρωτοπραξίαν φυλάσσειν (2).

Aber für die frühere Zeit fehlt es an Nachrichten, und die Hypothese scheint nicht allzu gewagt, dass das privilegium

---

(1) Vgl. *Czyllharz*, Dotalrecht 408 ff.; *Bechmann*, Dotalrecht II 463; *Girard*, Manuel 5 éd. p. 962; *Lenel*, Edictum² 413; *Weiss* a. a. O. S. 97 n. 2. S. 104 n. 2.

(2) S. über die πρωτοπραξία die Ausführungen von *Mitteis*, Privatr. I 371 fg.

exigendi der Frau erst im Verfolg der lex Julia de maritandis ordinibus in das Edict aufgenommen wurde.

Indessen selbst wenn es schon früher bestanden hätte, so hätte es der Frau doch nicht den gleichen Schutz gewährt, wie ein Pfandrecht. Denn wenn sie auch gegen den Bonorum emptor einen Anspruch auf volle Auszahlung ihrer Dos hatte (so *Lenel*), so gingen ihr doch die Leichenkosten vor; ausserdem war die Befriedigung ihres Anspruches bedingt durch die Solvenz des Bonorum emptor. In einem ihr übereigneten Grundstücke besass sie eine viel stärkere Sicherung. Konnte sie dies nun, wenn es ihr fiduciae causa manzipiert, also das Eigentum nur formal war, aus der Masse vindizieren? Das möchte ich annehmen, gleichzeitig aber auch dem Bonorum emptor als Universalsukzessor des Fraudator das Recht zusprechen, das übereignete Grundstück nach Rückzahlung der Dos mit einer Actio fiduciae zurückzufordern.

Endlich entsteht die Frage, ob vielleicht in der Sicherungsübereignung eine alienatio in fraudem creditorum erblickt werden konnte, welche mit dem Interdictum fraudatorium angefochten (1) oder gegen welche Restitutio in integrum verlangt werden konnte (2). Ich halte das für sehr wahrscheinlich. Sicherungsübereignungen an die Frau zur Hintergehung der Gläubiger sind die allergewöhnlichsten; grade gegen solche Tricks bedürfen die Gläubiger des Schutzes (3).

---

(1) *Lenel*, Ed.² § 268. Dig. 41, 2, 16, Ulp. l. 73 ad edictum: quod uxor viro aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur. Cf. Gai. IV, 145.

(2) *Lenel*, Ed.² § 225. *Lenel's* Ausführungen sind von *Partsch* in vollem Umfange gebilligt worden, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abt. XXXI, 1910, S. 429 und 434. Widersprochen hat *Solazzi* im Bull. dell' Instit. di Dir. Rom. XV p. 127 sq., und die Einwendungen Solazzi's haben auf Lenel, wenn er sie auch prinzipiell ablehnt, ihres Eindrucks nicht verfehlt. Die ganze Untersuchung verlangt eine Nachprüfung, die hier nicht angestellt werden kann. Aber das eine sei doch hier bereits ausgesprochen: ich halte die Bestellung eines Curator bonorum oder das Fortamtieren desselben nach vollzogener Bonorum venditio für unmöglich. Die Konkursdividende der Gläubiger ist damit fixiert. An dem Bestande der Masse haben sie kein Interesse mehr, sondern nur noch der Bonorum emptor, der die Masse realisiert. Dies auch gegen Partsch. Zu beachten sind jetzt auch die Einwendungen von *Girard*, Manuel 5 Ed. p. 424-430.

(3) Vgl. *Hellwig*, Gläubigernot, in Recht und Wirtschaft I, 1911, S. 25 fg.

Dafür spricht denn auch Dig. 42, 8, 10, 14; 17, 2. Im einzelnen Falle kam es selbstverständlich darauf an, ob in der Sicherungsübereignung eine Benachteiligung der Gläubiger lag. Im Falle des Fulcinius wäre das vermutlich zu verneinen gewesen, da hier Sicherstellung einer wirklich empfangenen Dos vorlag. Dig. 42, 8, 22 : Scaev. l. 5 resp. Cum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero, an in fraudem ceterorum creditorum factum nullius momenti esset. respondit creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod, in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, [nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent.] (1).

Die Sicherung der Frau war hier von Fulcinius in redlichster Absicht besorgt, eine Schädigung der Gläubiger war nicht geplant.

Vive, vale! si quid novisti rectius istis,
candidus imperti; si non, his utere mecum.

(1) Ueber die Interpolation des Schlusssatzes s. *Gradenwitz*, Interpolationen p. 200.

B. Kübler,
Professor an der Universität Erlangen.

Die Aktivlegitimation

beim

Interdictum Quod legatorum

In meinem Edictum perpetuum (§ 228) habe ich die Meinung vertreten, die ebenso schon der Rekonstruktion Rudorffs zu Grunde lag, dass das Interdictum Quod legatorum nach dem Edikt ausschliesslich dem bonorum possessor, nicht, wie man aus der Justinianischen Kompilation zu schliessen versucht sein könnte, auch dem heres zugestanden habe. Gegen diese Meinung und für die Aktivlegitimation auch des heres ist neuerlich Lotmar aufgetreten (Z S St. R A. 31, S. 129), mit Argumenten, die mich zwar nicht zu überzeugen vermögen, doch aber eine kritische Würdigung verlangen.

Es wird sich empfehlen, der Besprechung des Quellenmaterials die Erörterung einer Vorfrage vorauszuschicken : bestand für den Prätor irgend ein sachlicher Grund, die Zuständigkeit unseres Interdikts auf den b. p^{or} zu beschränken? Lotmar (S. 154 fg.) weiss einen solchen Grund nicht zu finden und dürfte gerade dadurch in erster Linie zu seiner Stellungnahme bestimmt worden sein. Und doch ist leicht zu zeigen, dass jene Beschränkung sich dem Prätor geradezu aufzwang.

In der ganzen klassischen Zeit musste mit der Möglichkeit gerechnet werden, und auch der Prätor musste damit rechnen, dass hereditas und bonorum possessio in verschiedene Hände gelangten. In solchen Fällen nun würden sich, wenn das Interdikt, wie die von Lotmar geteilte Meinung

will, auch dem heres zugestanden hätte, schwer lösbare Konflikte ergeben haben. Freilich, auch die eigentlichen actiones hereditariæ stehen ja sowohl dem heres wie dem b. p^or^ zu, jene bekanntlich als directæ, diese als ficticiæ. Allein an eine wirkliche Konkurrenz dieser directæ und ficticiæ kann nicht gedacht werden; sonst würde die dem b. p^or^ vom Prätor sei es provisorisch sei es endgiltig zugedachte Stellung in Abhängigkeit vom heres geraten sein. Auf welche Weise der Prätor das Vorrecht des b. p^or^ wahrte, ist uns nicht überliefert. Man könnte sich vorstellen, dass der heres nur gegen cautio amplius non agi zur Klage wider die Erbschaftsschuldner zugelassen wurde; viel wahrscheinlicher aber ist, dass seine actio, wenn neben ihm ein b. p^or^ stand, durch exceptio zurückgewiesen werden konnte. Nach der Absicht des Prätors darf der Erbschaftsschuldner nicht nur, sondern soll er an den b. p^or^ leisten; damit hätte sich die Möglichkeit einer actio des heres nicht vertragen. Hiezu stimmt auch, dass, wie wir wissen, die Klage von Erbschaftsgläubigern gegen den heres schon bei drohender b. p. contra tabulas in der Tat durch exceptio unwirksam gemacht wurde (1). Sache des b. p^or^ wird es gewesen sein, die beteiligten Dritten von seinen Ansprüchen zu unterrichten; war das unterblieben und infolgedessen die Geltendmachung jener exceptio unterlassen worden, so wird man dem Dritten durch exceptio doli gegen einen wiederholten Angriff des b. p^or^ geholfen haben. In unserem Fall nun handelt es sich nicht um eine actio hereditaria, sondern um ein selbständiges Rechtsmittel, das nach Lotmar der Prätor von vornherein sowohl dem heres als dem b. p^or^ zur Verfügung gestellt haben soll. Dass nun der heres hier nicht besser gestellt sein konnte, als hinsichtlich der actiones hereditariæ, liegt auf der Hand; dem Legatar kann nicht die Doppelverpflichtung obgelegen haben, die von ihm in Besitz genommene Sache z. B. sowohl dem Kontratabulanten wie dem heres scriptus oder sowohl dem in einem älteren testamentum per æs et libram als auch dem in jüngeren tabulæ VII

(1) D. 44, 7, 15; 44, 2, 2.

signis signatæ Eingesetzten herauszugeben. Aber man wird weiter gehen müssen. Lag es dem Prätor am Herzen, überflüssige Prozesse zu verhindern, so musste er darauf hin arbeiten, dass, soweit nicht die b. p. ohnehin den Vorrang hatte und dann allein in Betracht kam, hereditas und b. p. so selten wie möglich auseinanderfielen, d. h. darauf, dass der heres an der Stelle, wo er zur b. p. berufen war, sie auch wirklich agnoszierte. Dazu stand ihm aber kein anderes Mittel zu Gebote, als dies : dem heres durch die b. p. Vorteile in Aussicht zu stellen, deren er als blosser heres ermangelte. Solche Vorteile bot das interdictum Quorum bonorum, insbesondere dadurch, dass es im Gegensatz zur hereditatis petitio von jeher (1) die usucapio pro herede unschädlich machte; solche Vorteile bot auch das interdictum Quod legatorum, das den b. p^or^ gegen eine Eigenmacht schützte, gegen die das Zivilrecht keinen Schutz gewährte. Der Prätor hatte daher dringende Veranlassung, dies Rechtsmittel dem heres als solchem nicht zugänglich zu machen, es vielmehr an den Erwerb der b. p. zu binden (2).

Hiezu kommt aber noch ein weiteres. Das Interdikt steht nach Lotmar gegen den Legatar zu, der non voluntate heredis bonorumve possessoris sich der vermachten Sache bemächtigt hat. Es erhebt sich die Frage, ob es für jeden der Aktivlegitimierten nur auf sein velle oder nolle ankam oder auch auf das des andern. Wie soll man sich die Bedeutung dieser Alternative « heredis bonorumve possessoris » denken? Setzen wir etwa den Fall, dass in einem älteren zivilen Testament und in jüngeren tabulæ VII signis signatæ verschiedene Erben eingesetzt, die Vermächtnisse aber wiederholt sind. Sollte dem b. p^or^ das Interdikt dadurch verloren gegangen sein, dass der heres sich mit der

(1) Vgl. Leist in Glücks Komm. Serie der Bücher 37, 38 I S. 377 fg. Ubbelohde daselbst S. der Bücher 43, 44 III S. 54 fg. Unhaltbar m. E. Kniep, der Rechtsgelehrte Gaius S. 142.

(2) L. (S. 153) legt auf die Nichterwähnung des Quod legatorum bei Gai. III 34 Gewicht. Aber eine derartige Ungenauigkeit ist in einem Lehrbuch für Anfänger doch wohl sehr begreiflich und keiner Erklärung bedürftig.

Inbesitznahme des Legatars einverstanden erklärt hatte? Das scheint mir undenkbar. Umgekehrt : wenn der b. p^or^ pflichtmässig ein ihm obliegendes Legat entrichtet hatte, konnte da etwa der heres mit dem Interdikt auftreten, unter Berufung darauf, dass er, der heres, mit der Inbesitznahme nicht einverstanden gewesen sei? Es ist klar : die von dem b. p^or^ erteilte Erlaubnis hätte auch dem heres schaden müssen, die des heres dagegen dem b. p^or^ nicht. Das eine wie das andere wird durch die Stellung des b. p^or^ als sei es einstweiligen sei es definitiven Repräsentanten des Nachlasses unbedingt gefordert; mit dem einfachen non voluntate heredis bonorumve possessoris ist nichts anzufangen.

Aus diesen Bedenken und Schwierigkeiten — von denen übrigens, wenn sie den Prätor oder die Juristen wirklich beschäftigt hätten, sich in unsern Quellen doch wohl irgend welche Spur erhalten haben würde — gab es, soweit ich sehe, für den Prätor gar keinen anderen Ausweg, als die Zuständigkeit des Interdikts auf den b. p^or^ zu beschränken. Ist der scriptus heres zugleich ex edicto zur b. p. berufen, so mag er sie agnoszieren und sich so das Interdikt verschaffen; gehen ihm im System der b. p. Andere vor, so ist es eben eine unausweichliche Konsequenz dieses Rechtsinstituts, dass die Erbschaft einschliesslich der von Legataren in Besitz genommenen Sachen sich einstweilen in der Hand des b. p^or^ vereinigen muss, bis der scriptus heres sein besseres Recht ihm gegenüber dargetan hat. Lotmar (S. 156) meint freilich umgekehrt, man gerate in « Seltsamkeiten », wenn man annehme, dass unser Interdikt dem heres gefehlt habe. Was er aber als Beispiele solcher Seltsamkeiten anführt, kann schwerlich überzeugen. Er unterstellt zunächst den Fall, ein Vater habe gewaltuntertänige Kinder instituiert und emanzipierte praeteriert; dann hätten, führt er aus, die Ersteren gegen eigenmächtige Legatare nicht vorgehen können, bis sich das Verhalten der Letzteren entschieden hatte; des Interdikts hätten sie sich ja erst bedienen können, wenn sie commisso per alium edicto die b. p. contra tabulas erlangt hätten. Hier scheint mir Lotmar zu übersehen, dass die Zuständigkeit der b. p.

commisso per alium edicto durchaus nicht davon abhängt, dass die praeteriti die b. p. c. t. agnoszieren :

> Hi qui propter alios contra tabulas bonorum possessionem petunt, non exspectant, ut praeteriti possessionem accipiant, verum ipsi quoque bonorum possessionem petere contra tabulas possunt..... (D. 37, 4, 10, 6).

Die instituti können also ohne weiteres die b. p. c. t. agnoszieren und so zu dem Interdikt gelangen. Noch problematischer ist Lotmars zweites Beispiel. Die b. p. s. t., meint er, sei « vielleicht » anfänglich gar nicht für denjenigen bestimmt gewesen, der aus gültigem Testament heres goworden war. Dann aber wäre bei Voraussetzung den heres ausschliessender Aktivlegitimation der in einem zivilrechtlich ungültigen Testament Eingesetzte besser daran gewesen, als der in einem zivilrechtlich gültigen Eingesetzte, weil nur jener, nicht aber dieser zum Interdikt legitimiert gewesen wäre. Gewiss, das wäre in der Tat ein seltsames Ergebnis. Aber jene mit « vielleicht » eingeführte Hypothese ist eben durchaus unhaltbar. Sollte Lotmar ernsthaft einen Rechtszustand für möglich halten, wonach einem interdictum Quorum bonorum oder einer possessorischen actio ficticia wirksam als Einwand hätte entgegen gehalten werden können, die vorgelegten tabulae VII signis signatæ könnten keine b. p. s. t. begründen, — sie seien nämlich ein zivilrechtlich nicht etwa ungültiges, sondern gültiges Testament?!

Die obigen Ausführungen wollten nur zeigen, dass die von mir angenommene Ordnung der Aktivlegitimation die Wahrscheinlichkeit nicht, wie L. glaubt, gegen sich, sondern für sich hat. Der eigentliche Beweis für meine Annahme muss auss den Quellen geführt werden, und für mich bilden die feste Basis der Erörterung drei Stellen, deren jede die ausschliessliche Legitimation des b. p^{or} zu erweisen geeignet ist. Zunächst die Inskription von Vat. 90 :

> ..... libro I de interdictis sub titulo « in eum qui legatorum nomine non voluntate eius, cui bonorum p*osses*sio data erit, possidebit ».

Es ist ganz gleichgültig, ob man die hier angeführte Rubrik dem Album selbst zuschreibt, oder, was Lotmar (S. 140) für bedeutsam zu halten scheint, dem Interdiktenwerk, dass hier exzerpiert ist. Denn auch letzteren Falls bleibt es dabei, dass das Interdikt unter einer Rubrik behandelt wurde, die nur den b. p^or^ nennt. Für ausgeschlossen halte ich den Gedanken, dass — die Doppelzuständigkeit des Interdikts einmal vorausgesetzt — der unbekannte Verfasser jenes Werks seine Erörterung etwa in zwei Abschnitte zerlegt hätte, unter den Rubriken « in eum qui... non voluntate heredis... » und « in eum qui... non voluntate eius cui b. p. data erit » ; denn die Doppelzuständigkeit hätte zu Fragen geführt, die, wenn überhaupt, jedenfalls nur in einer einheitlichen Besprechung der Aktivlegitimation hätten gelöst werden können. Auch zeigt der Inhalt von Vat. 90, der mit der Aktivlegitimation gar nichts zu tun hat, dass die fragliche Rubrik dem ganzen Interdikt galt. Auch Lotmar empfindet das Gewicht dieses Zeugnisses ; er sucht es hinwegzuräumen durch den Hinweis auf die Möglichkeit, dass die im Original vorhandene Erwähnung des heres durch ein Versehen sei es des Schreibers sei es des Kompilators der vatikanischen Fragmente ausgelassen worden sei. Wer wird derartige Möglichkeiten leugnen wollen (1) ? Aber so lange nicht zwingende Gründe für die Annahme eines solchen Versehens beigebracht werden, wird man vorsichtiger Weise bei dem überlieferten Texte stehen bleiben müssen. Hier aber liegt die Sache umgekehrt so, dass Vat. 90 und die sogleich anzuführenden zwei weiteren Zeugnisse aus dem Paulinischen Kommentar zu dem Interdikt (Paul. 63 ad ed.) sich gegenseitig stützen. In diesen letzteren Stellen steht die Satisdationspflicht des Interdiktenklägers in Frage, und in beiden nennt Paulus als zu unterstellenden Kläger nur

(1) Nebenbei aber : L. irrt, wenn er (S. 108[6]. 141) meint, der Schreiber habe gleich im ersten Satz von Vat. 90 noch ein anderes Wort, nämlich das wichtige « non » vor competit ausgelassen. Die Sigle für non steht in der Handschrift und ist von Detlefsen gelesen worden ; Angelo Mai hatte sie übersehen.

den b. p^or^, nicht den heres, in der ersten mit einem Zitat aus dem Interdikt selbst. D. 43, 4, 2, 1 und 4 :

> § 1. Quod ait prætor « si per bonorum possessorem non stat, ut satis detur », sic accipimus, si paratus sit satisdare.....
>
> § 4. .....item si per bonorum possessorem stetit, quo minus satisdaret, sed modo paratus est cavere, tenet interdictum.....

L. glaubt diesen Stellen ihre Beweiskraft rauben zu können, indem er darauf hinweist, dass römische Juristen auch sonst öfter ungenau aus dem Edikt zitieren, dass ferner hier, wo ja nicht ex professo von der Aktivlegitimation die Rede sei, sondern von einer sekundären Voraussetzung des Interdikts, Paulus gar wohl den einen der beiden Aktivlegitimierten der Kürze halber habe bei Seite lassen können, ohne befürchten zu müssen, missverstanden zu werden, endlich darauf, dass doch auch mit der Möglichkeit einer Kürzung des Texts durch die Kompilatoren gerechnet werden müsse. Alle diese Argumente verschlagen nichts. Gewiss wird das Edikt nicht selten ungenau zitiert, und auch das vorliegende Zitat ist wahrscheinlich ungenau, insofern nämlich im Album statt « per bonorum possessorem » ein rückverweisendes « per illum » gestanden haben dürfte (1). Aber zwischen Ungenauigkeit und Ungenauigkeit ist ein Unterschied. Wenn in einem ungenauen Zitat etwa einmal statt eines « erit » des Edikts ein « sit » oder « est » steht, oder wenn gelegentlich Worte weggelassen werden, die für die Tragweite der Ediktsbestimmung oder der gerade gepflogenen Erörterung ganz bedeutungslos sind (2), so ist das wahrlich etwas andres, als wenn Paulus bei Erläuterung einer Ediktsklausel, die, wenn Lotmar recht hätte, den heres genau eben so anging wie den b. p^or^, diese so zitiert und besprochen hätte, als ob von jenem darin gar

(1) S. weiter unten.

(2) So steht es mit sämtlichen von L. S. 137 angeführten Zitaten, soweit nicht blosse Abschreiberversehen vorliegen.

nicht die Rede gewesen wäre. Ob es sich dabei um eine primäre oder um eine sekundäre Ediktsvoraussetzung handelt, scheint mir ganz einerlei. Ein Kommentator hält sich hier wie dort naturgemäss an seine Vorlage und wird, wenn sie über ihre Tragweite ausdrücklich Auskunft gibt, sich nicht damit begnügen, diese Tragweite erraten zu lassen. Noch viel weniger ist an eine — unter Lotmars Voraussetzung — höchst unangebrachte Kürzung durch die Kompilatoren zu glauben. Und schliesslich — ich muss es wiederholen — : Vat. 90 und die Paulusstellen stützen sich gegenseitig ; ihre Beweiskraft wird durch ihr Zusammentreffen ganz ungemein gesteigert. Dass der Schreiber oder der Kompilator der fr. Vat. den heres zufällig aus Versehen, Justinians Mitarbeiter aber ihn ihrerseits vorsätzlich hätten unter den Tisch fallen lassen, das ist eine Hypothesenkombination, an die schwer zu glauben ist.

Wenn wir durch alles Bisherige zu dem Schluss gedrängt werden, unser Interdikt habe allein dem b. p^or^ zugestanden, so steht damit in schroffem Widerspruch die Tatsache, dass der Text des Ulpianschen Kommentars zu dem Interdikt, so wie ihn die Digesten in 43, 3, 1 überliefern, es zweifellos daneben auch dem heres gewährt. Eben diesen Widerspruch habe ich dadurch zu lösen versucht, dass ich die Gleichstellung des heres mit dem b. p^or^ auf eine Justinianische Interpolation zurückführte. Eine solche Annahme bedarf selbstverständlich der Begründung. Lotmar will die von mir gegebene Begründung nicht gelten lassen. Sehen wir zu, ob mit Recht.

Zunächst : Justinian hatte zu einer derartigen Interpolation alle Veranlassung (1). In klassischer Zeit hätte, wie ich gezeigt zu haben glaube, die Doppelzuständigkeit des Interdikts zu kaum lösbaren Schwierigkeiten geführt. Im Justinianischen Recht lag die Sache wesentlich anders. Der Gegensatz zwischen zivilrechtlich gültigem Testament und

(1) Damit soll nicht gesagt sein, dass sich die Interpolation nicht an eine bereits bestehende — nachklassische — Praxis anschloss. Die b. p. hat nicht erst durch Justinian ihre ursprüngliche Bedeutung verloren.

zivilrechtlich ungültigen tabulae VII signis signatae, die aber doch zur b. p. s. t. berechtigten, ist jetzt verschwunden ; hereditas testamentaria und b. p. s. t. können nicht mehr auseinanderfallen. Verschwunden ist die b. p. sine re : hat der heres scriptus die Erbschaft — einerlei wie — angetreten, so kommt es niemals zu einer b. p. intestati (1). Und wenn endlich ein Kontratabulant den scriptus heres depossediert, so steht diesem im Sinn des Justinianischen Rechts gewiss überhaupt keine Erbberechtigung mehr zu. Unter solchen Umständen wäre es ein Anachronismus gewesen, dem heres testamentarius als solchem die Legitimation zu unserem Interdikt zu verweigern und ihn auf den Erwerb der b. p. s. t. zu verweisen ; Justinian musste sich auf den Standpunkt der Gleichstellung der beiden Erbsysteme stellen, zwischen denen ein Konflikt nicht mehr vorkommen konnte, und davon, dass in der Tat er es war, von dem diese Gleichstellung in unseren Texten ausgegangen ist, zeugen sehr deutliche Spuren, auf die ich s. Zt. hingewiesen habe, auf die aber gegenüber Lotmars Polemik hier nochmals eingegangen werden muss.

Ein sehr starkes Indiz für die Interpolation ist die Tatsache, dass die Kompilatoren hier ganz gegen ihre Gewohnheit im Eingang von Ulpians Kommentar den Wortlaut des Interdikts unterdrückt haben. Das haben sie ausserdem nur noch einmal getan, nämlich beim interdictum Salvianum, und hier zweifellos deshalb, weil sie das Recht dieses Interdikts verändert haben. Lotmar (S. 149) unterschätzt die Bedeutung dieses Arguments. Er meint, wenn wir auch nicht wüssten, warum die Anführung des Interdiktswortlauts hier unterblieben sei, so dürfe man daraus doch nicht zu viel schliessen. Beim interdictum Utrubi, dessen Recht ja ebenfalls geändert worden sei, hätten sie gleichwohl den Wortlaut angegeben und die Rechtsveränderung einfach eingestanden : warum hätten sie das bei unserm Interdikt, wenn sie sein Recht hätten ändern wollen, nicht ebenso

(1) Vgl. zum Obigen die Untersuchungen von Leist, Bon. poss. II² S. 226 fg. 284, und Ser. der Büch. 37. 38, II S. 302 fg.

machen können? Oder warum hätten sie, statt das Interdikt zu streichen und den Kommentar zu interpolieren, nicht den Interdiktswortlaut selbst interpolieren und so aufnehmen sollen, wie sie dies nachweislich bei andern Interdikten wirklich getan haben? Eine solche Änderung wäre, meint L., hier mit zwei Worten ausführbar gewesen. Allein jenes ausdrückliche Eingeständnis beim interdictum Utrubi ist in den Digesten gegenüber den Tausenden von uneingestandenen Interpolationen eine höchst vereinzelte Erscheinung (1), die sich wahrscheinlich daraus erklärt, dass die Kompilatoren nach der Ausgleichung zwischen den beiden interdicta retinendae possessionis von den Kommentaren zum Utrubi einfach nichts mehr brauchen konnten. Eine Interpolation des Interdiktswortlauts selbst aber war beim Quod legatorum, wenn das klassische Interdikt nur den b. p^{or} nannte, keineswegs so leicht auszuführen, wie L. glaubt, und schon diese Schwierigkeit wird die Kompilatoren veranlasst haben, seinen Wortlaut lieber ganz zu unterdrücken. L. scheint anzunehmen, es wäre da weiter gar nichts nötig gewesen, als wo das Interdikt den b. p^{or} nannte, statt dessen etwa « heres bonorumve possessor » zu setzen. Allein so einfach liegt die Sache nicht. Der Prätor musste bei Ordnung der Aktivlegitimation des b. p^{or} notwendig die Tatsache der Erteilung der b. p^{io} erwähnen, wie das meine Rekonstruktion auch zum Ausdruck bringt : Quod de his bonis (2), quorum possessio ex edicto meo illi data est. Nun versuche man einmal, an diesen Wortlaut den heres anzugliedern, und zwar so, dass sowohl der Fall der hereditas adita wie der des ipso-iure-Erwerbs getroffen wird, und man wird sehen, dass das gar nicht so glatt zu machen ist. Die Aufgabe mag für einen gewiegten Lateiner nicht unlösbar sein ; aber das waren die Kompilatoren eben nicht, und darum begreift sich, dass sie der Schwierigkeit lieber aus dem Wege gingen. Dagegen haben sie nachweisbar

(1) Als Seitenstück könnte etwa noch die Bemerkung in D. 11, 1, 1, 1, angeführt werden.

(2) « De his bonis » ist durch Vat. 90 i. f. bezeugt.

den Kommentar interpoliert, und wenn sie die Interpolation nicht durch den ganzen Titel konsequent durchgeführt haben, wenn sie in einzelnen Stellen heres und b. p^{or} als berechtigt nennen, in anderen nur den heres, in fr. 2 aber umgekehrt den von Paulus allein genannten b. p^{or} so haben stehen lassen, so dient diese Inkonsequenz nicht, wie L. will, zur Abschwächung, sondern zur Verstärkung des Interpolationsverdachts. Ein derartiges unter allen Umständen saloppes Verfahren ist zwar den Kompilatoren, nicht aber einem Klassiker zuzutrauen.

Gleich der Eingang des Kommentars, der den Zweck des Interdikts feststellt, — fr. 1 § 2 — enthält eine Unmöglichkeit: er nennt als aktiv legitimiert nur den heres, nicht den doch zweifellos legitimierten b. p^{or}. Und während so von dem b. p^{or} noch gar nicht die Rede war, wird in § 3 gleichwohl die Aktivlegitimation ohne weiteres auf den heres heredis bonorumve possessoris erstreckt. In § 4 wird für den Fall, das es ungewiss sei, ob der Gegner pro legato oder pro possessore besitze, folgender Rat erteilt:

> hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut sive quis p. h. vel p. p. sive p. l. possideat, hoc interdicto teneatur.

L. (p. 148) nimmt an dem Inhalt dieses Rats keinen Anstoss. Da aber die schleunig zu erledigenden Interdikte sicher ihre besondere Kompetenzordnung hatten, so läuft der Rat, wie wir ihn hier lesen, darauf hinaus, zwei Prozesse zu beginnen, die nicht vor dem gleichen iudex zu verhandeln waren und von denen der eine verloren gehen musste (1). In Wirklichkeit stand hier an Stelle der hereditatis petitio im Original des Kommentars ganz sicher das Quorum bonorum, und der Rat des Juristen ging dahin, ein aus Quorum bonorum und Quod legatorum kombiniertes Interdikt zu erlassen, was für den b. p^{or}, der doch jedenfalls

(1) In formeller Hinsicht sei noch darauf hingewiesen, dass « h. p^{em} instituendam » ein Rat an die Partei, « hoc interd. reddendum » ein Rat an den Prätor wäre, eine auffallende Zusammenstellung.

auch in Betracht kam, in den Regelfällen der einzig praktikable Weg war (1), und auf dies kombinierte Interdikt bezog sich das « ut sive..... possideat, hoc interdicto teneatur ». So wie der Text jetzt lautet, ist es freilich hart, dass « hoc interdictum » zuerst das Quod legatorum und nachher das kombinierte Interdikt bezeichnen soll, und Mommsen hat das « hoc interdicto » streichen zu müssen geglaubt. Möglich, dass er recht hat; wahrscheinlicher aber ist mir, dass hier die Kompilatoren gekürzt haben, dass nämlich der Klassiker seinem Rat hinter « reddendum » eine Anweisung über die Fassung des kombinierten Interdikts folgen liess, woran sich dann erst das « ut..... teneatur » anschloss; bei dieser naheliegenden Annahme würde, da sich dann zwischen « hoc interdictum » und « hoc interdicto » ein grösserer Zwischenraum ergäbe, die erwähnte Härte verschwinden.

Eine weitere m. E. zweifellose, auf die Veränderung der Aktivlegitimation deutende Interpolation liegt in den Worten « non voluntate eius ad quem ea res pertinet », die in § 11 dem Interdikt selbst zugeschrieben werden und in § 14 und 15 wiederkehren. L. (S. 145 fg.) hält diese Worte für echt. In der Tat finden sie sich an andern Stellen des Albums, z. B. in dem Edikt über die Satisdationspflicht des klagenden Prokurators (Ed. § 32), in den Formularen der cautio ratam rem haberi (Ed. § 289) und damni infecti (Ed. § 292) (2), und daher werden die Kompilatoren sie auch entnommen haben (3). In unserem Interdikt aber sind sie

---

(1) Ob es zur Zeit des Arrianus, auf den Ulpian verweist, schon eine h. p. possessoria gab, muss, da wir das Zeitalter dieses Juristen nicht kennen, dahingestellt bleiben. Aber auch für Ulpians Zeit werden wir annehmen dürfen, dass mindestens in den Fällen der b. p. sine re niemals zur h. p. possessoria gegriffen wurde. In unsern Quellen erscheint die h. p. poss. überhaupt nur in zwei von Interpolationsverdacht freien Stellen. Vgl. Ed.² S. 176.

(2) Vgl. noch die weiteren von L. S. 146 n. 1 angeff. Ediktsstellen.

(3) Veranlasst dazu wurden sie wohl durch Äusserungen, wie die des Paulus in D. 50, 16, 70 i. f. : verba hæc « is ad q. e. r. p. » sic intelleguntur, ut qui [in universum dominium] vel iure civili vel iure prætorio succedit contineatur. Dabei haben sie freilich ebenso wie Lotmar (S. 146) übersehen, dass die Worte isoliert jene Bedeutung niemals haben, sondern immer nur

unmöglich. Um dies zu erkennen, muss man das Interdikt in seinem Gesamtwortlaut ins Auge fassen. Wir wissen aus Vat. 90 i. f., dass es die Worte enthielt : Quod de his bonis legati (genauer wohl : legatorum) nomine possides quodque dolo malo fecisti quo minus possideres. Wären nun die Worte « (non voluntate) eius ad quem ea res pertinet » echt, so müssten wir sie offenbar hinter « possides » einschieben. Damit aber kämen wir zu einer Fassung, die die Anwendungssphäre und den Zweck des Interdikts im Dunkeln gelassen hätte. Wer mit dem « is ad quem ea res pertinet » gemeint sei, ob heres, ob b. p^or^, ob beide, ob sonst wer, das hätte erraten werden müssen; gesagt hätte es der Prätor nicht, und zwar, ohne dass sich irgend ein triftiger Grund für solche Schweigsamkeit finden liesse. Wie schon oben bemerkt, ist die Annahme gar nicht zu umgehen, dass der Prätor vielmehr hinter dem « de his bonis » über die Aktivlegitimation klaren Bescheid gab, und zwar wahrscheinlich mit den gleichen Worten wie beim Quorum bonorum, nämlich : quorum possessio ex edicto meo illi data est; wer auch den heres für legitimiert hält, mag das wie er will ergänzen. War dem aber so, so konnte es nachher nicht heissen : « eius ad quem ea res pertinet », sondern, nach dem Ediktstil, nur rückverweisend auf den schon genannten ille : « non voluntate illius » (1). Und hierin liegt auch die Ursache der Interpolation. Da die Kompilatoren den Eingang des Interdikts unterdrückt hatten, konnten sie dies rückverweisende « illius » nicht brauchen und ersetzten es durch ihr « eius ad quem ea res pertinet » (2). Mit der Interpolation wird auch die überaus

---

im Anschluss an die Bezeichnung desjenigen, um dessen Erbschaft es sich handelt, vgl. z. B. die Edikte in D. 12, 2, 7 und 21, 1, 19, 5.

(1) Ille, nicht is, ist das Pronomen, das in allen restitutorischen und exhibitorischen Interdikten den Kläger bezeichnet. Auch das spricht für die Interpolation.

(2) Man könnte (vgl. Keller, Institut. S. 341) auf den Gedanken kommen, es habe im Interdikt geheissen : « illius eiusue, ad quem e. r. p. », wo dann die letzteren Worte auf die Universalsukzessoren des bonorum possessor zu deuten wären. Dafür könnte man sich auf das « heredibus iisve ad quos e. r. p. » in § 15 berufen, wo man statt « heredibus » einsetzen müsste :

pedantisch anmutende dreimalige Wiederholung des « ad quem e. r. p. » in § 14 zusammenhängen, und nur die Interpolation erklärt es, dass die sehr erläuterungsbedürftigen, weil farblosen Worte im Kommentar nicht erläutert sind. Dies letztere wird zwar von Lotmar (S. 146) bestritten. Er meint, die Erläuterung stecke in den Worten « post aditam hereditatem vel b. p^{em} adgnitam » in § 11. Wer aber diesen § liest, erkennt leicht, dass hier die fragliche Erläuterung nicht sowohl gegeben als vorausgesetzt wird; denn nicht sowohl das « ad quem e. r. p. » als das « non voluntate eius » wird hier interpretiert : es konnte die Frage aufgeworfen werden, ob dem b. p^{or} das Interdikt nur dann verloren gehe, wenn er *nach* dem Erwerb der b. p. sich mit der Okkupation der legierten Sache durch den Legatar einverstanden erklärt habe, oder auch schon dann, wenn vorher; Ulpian entscheidet sich in ersterem Sinne, und die Kompilatoren haben die entsprechende Bestimmung für den heres hinzugefügt. Zweifelhaft konnte aber die ganze Frage nur sein nicht wegen Unklarheit der Worte « eius ad quem e. r. p. » — is ad quem e. r. p. (die Echtheit dieser Worte und ihre Beziehung auf heredes und b. p^{es} einmal vorausgesetzt) konnte unter allen Umständen nur einer sein, der die Erbschaft irgendwie erworben hatte und also durch das Zugreifen des Legatars berührt wurde —, sondern nur deshalb, weil das « non voluntate » es im Dunkeln liess, ob die schon zuvor erteilte Erlaubnis ins Gewicht falle oder nicht (1). Ein deutliches Indiz der Interpolation findet sich schliesslich auch noch in § 15. Während nämlich im Sinn der Kompilatoren die Wendung « is ad q. e. r. p. » doch den heres mitumfasst, begegnen wir in § 15 plötzlich « heredibus iisue (nicht « aliisve ») ad quos e. r. p. », gleich als ob der heres nicht unter die Wendung fiele. Dieser « Überfluss » ist keineswegs, wie L. meint

---

« bonorum possessoribus ». Allein diese Annahme wird ausgeschlossen durch fr. 1 § 3 h. t., aus welcher Stelle sich ergibt, dass die Ausdehnung des Interdikts auf die Universalsukzessoren nicht durch dessen Wortlaut, sondern durch die Interpretation erfolgte.

1) A. M. freilich Lotmar, S. 146 fg.

(S. 145), « wohl begreiflich bei Echtheit » der Worte; er ist nur bezeichnend für die schon bemerkte saloppe Inkonsequenz, mit der die Kompilatoren ihre Interpolationen durchführen.

Das bisher besprochene Material reicht, wie ich glaube, aus, um die von mir behaupteten Interpolationen über jeden Zweifel zu erheben. Allein L. hat noch eine Anzahl weiterer Stellen im Rückhalt, worin, wie er meint, unser Interdikt in ganz unverdächtiger Weise dem heres zugeschrieben werde, und sieht darin gewichtige Zeugnisse gegen die von mir verteidigte Meinung. Wir werden nicht umhin können, auch diese Stellen unter die kritische Lupe zu nehmen.

Zunächst gehört dahin das in C. 8, 3, 1 enthaltene Reskript Diokletians und Maximians :

> Heredi scripto satis idonee lege Falcidia, si exhausta legatis successio probetur, per quartae retentionem prospectum est. Unde si legatarius vel fideicommissarius non consentiente patre tuo, quem adseveras testatori successisse et bonorum possessionem accepisse, relicta sibi legata vel fideicommissa detinuit, secundum sententiam interdicti (1), quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est, oblata satisdatione, quam praestari oportet, in possessione constitui, ut ita retentione competenti utaris, experiri potes.

Mich wundert, dass L. in dieser Stelle eine Stütze seiner Meinung sieht. In dem Reskript ist ja klar gesagt, dass der Vater der Fragestellerin die b. p. agnosziert hatte ; Tatsachen, die für die Entscheidung unerheblich sind, pflegen im Tatbestand der stets aufs knappste gefassten Reskripte nicht angeführt zu werden. Darum braucht aber das « quod... scriptis heredibus propositum est » noch keineswegs inter-

(1) Secundum sententiam, nicht secundum verba : denn die Petentin ist ja nicht selbst scripta, sondern ihr Vater war es. Es ist der Fall, der in D. 43, 3, 1, 3 propter utilitatem getroffenen Entscheidung. Anders Lotmar, S. 152.

poliert zu sein. Denn zur b. p. s. t. berechtigt ist ja doch gerade der in ordnungsmässigen tabulae als heres Eingesetzte, « heres scriptus » in diesem formalen Sinne. Dass das Reskript sich dieser Wendung bedient, dürfte nicht darauf zurückzuführen sein, dass das Interdikt, sondern darauf, dass die lex Falcidia den « heres » als Berechtigten bezeichnete. « Mein Vater war zum heres eingesetzt : wie komme ich zur Quart ? », so hatte die Petentin gefragt. Darauf antworten die Kaiser genau entsprechend : den heredes scripti steht das Quod legatorum zur Verfügung. Dass es ihnen nicht schlechtweg, sondern nur unter besonderen Bedingungen und unter welchen zur Verfügung stehe, brauchte in dem Relativsatz nicht wiederholt zu werden, weil diese Bedingungen sich aus dem vorhergehenden Bedingungssatze ergaben ; wäre das « et bonorum possessionem accepisse » keine solche Bedingung, so hätten die Kaiser es auch nicht angeführt.

Weiter führt L. für sich an D. 35, 2, 1, 11, aus Paul. lib. sing. ad l. Falc. :

> Si legatarius possessionem nanctus est et non potest avocari ei res, quia voluntate heredis errantis nactus est possessionem, dabitur actio heredi, ut id quod supra dodrantem est offeratur (1) (auferatur scr ?).

Ich stimme L. (S. 91 fg.) durchaus in der Annahme bei, dass der Bedingungssatz auf das dem Erben im umgekehrten Fall zustehende Quod legatorum hindeute. Aber der Schluss daraus auf die Aktivlegitimation des heres als solchen ist verfehlt. L. übersieht, dass die Äusserung des Paulus aus dem Zusammenhang gerissen ist. In einer Monographie über die lex Falcidia konnte der Jurist nicht mit dergleichen Andeutungen operieren ; er musste sich ausführlich auf die verschiedenen dem heres zur Realisierung seiner Quart zuständigen Rechtsmittel einlassen, und so hatte er ganz gewiss vor § 11 ausdrücklich vom interd. Quod legatorum

(1) Der Absatz « quia — offeratur » erweckt Interpolationsverdacht.

als einem dieser Rechtsmittel gehandelt und dabei eingehend dessen Voraussetzungen besprochen. Nur, wenn er dies tat, konnte er, so wie es in § 11 geschieht, ohne das Interdikt auch nur zu nennen, fortfahren. Damit aber verliert die Stelle jede Beweiskraft für L. 's Meinung. « Wie kommt der heres scriptus zu seiner Quart? », so fragte Paulus, ganz wie die Petentin in dem besprochenen Reskript. Wenn er nun bereits gesagt hatte, dass der heres, wenn er die b. p. s. t. agnosziere, sich des Quod legatorum bedienen könne, so war es selbstverständlich, dass er diese Bedingung in der Fortsetzung seiner Untersuchung nicht immer wieder wiederholte.

Ferner aus Scaev. 5 resp. D. 35, 2, 26 pr. :

> Lineam margaritorum triginta quinque legavit, quæ linea apud legatarium fuerat mortis tempore : quæro, an ea linea heredi restitui deberet propter legem Falcidiam. respondit posse heredem consequi, ut ei restituatur, ac si malit, posse vindicare partem in ea linea, quæ propter legis Falcidiæ rationem deberet remanere.

Der Schluss dieser Stelle ist, wie schon Pflüger (1) bemerkt hat, interpolationsverdächtig, für uns aber ohne Interesse. Bedeutsam aber ist, dass auch der erste Teil der Antwort — posse heredem consequi, ut ei restituatur — so von Scævola nicht geschrieben sein kann. Es ist m. E. schlechthin ausgeschlossen, dass ein klassisches responsum sich auf eine derart allgemeine Bemerkung beschränkt haben sollte, ohne dass weder in der Anfrage noch in dem responsum selbst mit einer Silbe von dem Rechtsmittel die Rede wäre, mittels dessen der Anspruch durchgesetzt werden könnte, zumal in einem Fall, wo, wie die Anfrage beweist, die Zuständigkeit irgend welchen Rechtsmittels dem Fragesteller zweifelhaft war. Was Scævola wirklich geantwortet hat, wissen wir nicht. Möglich, dass er, wie mit

(1) Z. S St. R A 18, S. 84 n. 2. Insbesondere ist das « ac si malit » m. E. zweifellos tribonianisch. A. M. freilich Lotmar, S. 93 n. 5.

Andern auch L. (S. 93) annimmt, das Quod legatorum für zuständig erklärt hat. Hat er dies aber getan, so hat er entweder in dem Bericht über die Anfrage oder im responsum selbst es auch ganz sicher ausdrücklich genannt und die Gründe, auf denen die Entscheidung beruhte, wenn nicht angegeben, so doch ersichtlich gemacht, und die Kompilatoren haben den Passus, worin dies geschah, unterdrückt. Weshalb sie dies taten, ob etwa bloss um zu kürzen, oder aber, weil in dem Passus etwas gesagt war, was für das Justinianische Recht nicht mehr stimmte, bleibt im Dunkeln. Keinesfalls aber kann eine derart verstümmelte Stelle Beweis für die Voraussetzungen der Aktivlegitimation beim Quod legatorum liefern.

Sodann Scæv. 3 resp. D. 33, 2, 17 :

> Quidam prædia rei publicæ legavit, de quorum reditu quotannis ludos edi voluit, et adiecit : « quæ legata peto, decuriones, et rogo, ne in aliam speciem aut alios usus convertere velitis ». res publica per quadriennium ludos non edidit : quæro, an reditus quos quadriennio res publica percepit, heredibus restituere debeat vel compensare in aliam speciem legati ex eodem testamento. respondit et invitis heredibus possessione adprehensa perceptos fructus restituendos esse et non erogatum secundum defuncti voluntatem in alia quæ deberentur compensari.

L. nimmt an, dass Scævola in dem ersten Teil des responsum das Quod legatorum im Auge gehabt habe, und sieht hier wieder einen Beweis dafür, dass es dem heres als solchem zugestanden habe. Es wäre aber, bei Voraussetzung der Richtigkeit dieser Annahme, zweierlei sehr auffallend (1) :

---

(1) Anstössig ist in der Stelle auch, dass in der Antwort dem Tatbestand eine Modifikation (invitis heredibus possessione adprehensa) hinzugefügt wird, die in der Anfrage nicht erwähnt ist. Das ist ganz gegen die Gewohnheit der Respondenten ; so alltäglich war auch wohl in der römischen Kaiserzeit eigenmächtige Okkupation durch Legatare nicht, dass Scævola Anlass hatte, von sich aus auf diese Eventualität als naheliegend aufmerksam zu machen. Es muss in der Anfrage ein Passus ausgefallen sein, sei es, wie Mommsen

einmal, dass das zuständige Rechtsmittel wiederum nicht genannt, zweitens, dass als Erfolg der Durchführung des Interdikts nicht die Restitution der Grundstücke selbst, sondern nur die (gegenüber D. 43, 16, 1, 40 mindestens recht problematische (1) Restitution der fructus bezeichnet wäre. Freilich hatten die Fragesteller nicht gefragt, ob sie die Grundstücke, sondern nur, ob sie die Einkünfte zurückfordern könnten; aber wenn der Respondent wirklich an das Quod legatorum dachte, konnte er m. E. dessen Haupterfolg nicht verschweigen. Ich bin aus diesen Gründen mit Pernice (2) der Überzeugung, dass, was Scævola hier im Auge hatte, eben nicht das Quod legatorum war, sondern ein ausserordentliches Einschreiten kaiserlicher Beamter, für das die privatrechtlichen Grundsätze nicht massgebend waren.

Endlich führt L. noch zwei eng zusammengehörige Stellen an, Gai. 18 (nicht 13) ad ed. prov. D. 36, 3, 11 und Marcian. 3 instit. D. 46, 3, 40. Fr. 11 cit. :

> Si legatariis qui adversus me in possessionem legatorum servandorum causa missi sunt, procurator vel quis alius meo nomine caverit, perinde mihi prætor accommodat interdictum, quo iubeantur discedere legatarii possessione, ac si ego cavissem.

Fr. 40 cit. :

> Si pro me quis solverit creditori meo, licet ignorante me, adquiritur mihi actio pigneraticia. item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione : alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere possit.

L. (S. 99 fg.) will in beiden Stellen unter dem darin erwähnten Interdikt das Quod legatorum verstanden wissen, das danach dem heres als solchem zustehe. Er beruft sich

---

annimmt, durch Abschreiberversehen, sei es durch Kürzung seitens der Kompilatoren. Anders Lotmar, S. 99 n. 3.

(1) A. M. Lotmar, S. 99 n. 1.

(2) Labeo III¹, S. 35 n. 1.

dafür auf Ulpian, der in D. 43, 3, 1, 9 im gleichen Fall eben dies Interdikt für anwendbar erkläre. L. 's. Annahme stösst indes auf gewichtige Bedenken. Die Frage nämlich, die in unsern Stellen für den Fall der missio legatorum servandorum causa beantwortet wird, wirft sich in ganz gleicher Weise in allen Fällen einer missio auf : wie kann der missus nach Wegfall des Einweisungsgrunds zur Räumung des Besitzes gezwungen werden? Allgemein beantwortet wird sie nirgends. Aber wenigstens bei zwei der auf Missionen bezüglichen Edikte kennen wir die ausdrückliche Entscheidung des Prätors. Für die missio in bona pupilli indefensi durch Ulp. 59 D. 42, 4, 5, 2 :

> Si is pupillus in suam tutelam venerit eave pupilla viripotens fuerit et recte defendetur, eos qui bona possident, de possessione decedere inbebo.

Und mit Bezug hierauf heisst es eod. § 3 i. f. :

> ergo oblata defensione deici poterit interdicto reddito.

Desgleichen für die missio ventris nomine, D. 25, 5, 1, 2 :

> Necessario prætor adiecit, ut, qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere : coget autem eum decedere non prætoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit.

Also ein decedere iubere durch Interdikt. Was ist das für ein Interdikt? Die Glosse denkt neben dem Unde vi an das Uti possidetis. Aber nicht nur jenes, sondern auch dieses ist, wie schon Ad. Schmidt (1) bemerkt hat, ganz ungeeignet für den Zweck, da es nur auf den Immobiliarbesitz anwendbar ist, während die fraglichen Missionen Grundstücke und Mobilien gleichermassen ergreifen. Ebensowenig passt irgend ein andres im Album proponiertes Interdikt. Auch würden die Juristen, wenn sie ein solches gemeint hätten, es wohl genannt haben. Vielmehr bleibt (und das

(1) Interdictenverfahren S. 29.

ist auch Schmidts Meinung) nur die Möglichkeit eines Interdikts, das nach Massgabe des Einzelfalls — also je nach Umständen verschieden — formuliert wurde. Formuliert aber wurde es sicher prohibitorisch, nicht restitutorisch ; denn nur zu jener Fassung, die dem Missus den Widerstand verbot, passt die Wendung : deici poterit interdicto reddito, nicht zu der restitutorischen, die ihm einfach Restitution aufgab.

Gehen wir nun auf dieser Grundlage an die angeführten Stellen des Gaius und Marcian heran, so scheint mir der Schluss mehr als nahe zu liegen, ja unvermeidlich, dass auch Gaius und Marcian nicht das Quod legatorum, sondern vielmehr eben ein solches in factum konzipiertes Interdikt im Auge hatten. Dazu stimmt, dass Marcian dieselbe nur für ein prohibitorisches Interdikt passende Wendung gebraucht, der wir in D. 42, 4, 5, 2 begegneten : « nascitur (1) heredi interdictum, ut eos deicere possit » ; das Quod legatorum war unzweifelhaft restitutorisch (2). Dazu stimmt weiter, dass nach der Äusserung des Gaius das zu gewährende Interdikt offenbar auf den Fall (Kautionsstellung durch einen Dritten) besonders zuzuschneiden war (3) : « perinde mihi prætor accommodat interdictum ac si ego cavissem » ; auch dies passt nicht zum Quod legatorum, worin es ein für allemal unpersönlich hiess : « si eo nomine satisdatum est » (4). Dazu stimmt drittens, dass weder Gaius noch Marcian das Interdikt, das gewährt werden soll, mit einem technischen Namen bezeichnen, und viertens, dass es doch auffallend wäre, wenn schon Gaius das Quod legatorum, das

(1) Aus dem Wort « Nascitur » mit Lotmar S. 101 auf Ediktsässigkeit des Interdikts zu schliessen, scheint mir nicht begründet. Vgl. D. 2, 14, 7, 2 ; 19, 5, 5, 2 (eine freilich verdächtige Stelle) ; hier ist der Ausdruck von der ebenfalls nicht ediktsässigen civilis incerti actio gebraucht. Nur das scheint mir der Ausdruck vorauszusetzen, dass es sich um ein anerkannt übliches Rechtsmittel handelt.

(2) D. 43, 3, 1, 2. 7. 8. 9 ; 2, 2.

(3) Ich sage das nicht wegen des Worts « accommodare », das Gaius unbedenklich auch von Gewährung ediktsässiger Rechtsmittel gebraucht (Gai. IV 110, 144), sondern wegen des « perinde accommodat ac si ».

(4) D. 43, 3, 1, 16-18.

Ulpian jedenfalls nur zögernd zuzulassen scheint (tutius erit dicendum), ohne jedes Bedenken als zuständig angesehen hätte (1). Endlich aber : ist es denn wirklich ganz gewiss, dass Ulpian in dem Quod legatorum ein geeignetes Mittel erkannte, den legatorum servandorum causa Eingewiesenen aus dem Besitz der bona hereditaria zu setzen ? (2) Es muss m. E. im höchsten Grad befremden, dass in D. 43, 3, 1, 9 das stärkste Bedenken, das gegen eine derartige Verwendung des Interdikts sprechen musste, gar nicht erwähnt wird. Das Quod legatorum war auf den Fall berechnet, dass ein Legatar die ihm legierten Sachen eigenmächtig okkupiert, — dies und nur dies war vom Prætor mit dem « legatorum nomine possidere » gemeint. Ging es nun an, unter diesen Ausdruck auch den Fall zu pressen, wo ein Legatar vermöge der missio in bona hereditaria zu seiner Sicherheit ganz andre Sachen in Besitz genommen hatte als die ihm vermachten ? Ulpian erwähnt diesen Zweifel gar nicht, und darum glaube ich, dass er auch nicht an diesen Fall gedacht hat, sondern nur an den sehr naheliegenden, wo der missus trotz gestellter oder angebotener Kaution sich weigert, gerade die ihm legierten Sachen herauszugeben, vielleicht, was wohl nicht selten vorgekommen sein wird, die missio überhaupt nur zur Inbesitznahme eben dieser Sachen ausgenutzt hat. So verstanden bleibt seine Entscheidung im Rahmen des Interdiktszwecks. Die Entscheidungen des Gaius und Marcian dagegen betreffen gerade jenen andern ausserhalb des Zwecks des Quod legatorum liegenden Fall.

So löst sich auch die vermeintliche Beweiskraft dieser beiden letzten Stellen in Rauch auf. Die Argumente, die für die von mir behauptete Interpolation sprechen, bleiben in voller Kraft bestehen. Das was Lotmar dagegen vorgebracht hat, hält kritischer Prüfung m. E. nicht stand.

(1) A M. freilich Lotmar S. 103.

(2) Das nimmt freilich auch Ubbelohde, Interd. II S. 42 an.

Otto Lenel,

Professor an der Universität Freiburg i. Br.

Die actio de incerta quantitate

Ein durchgreifender Unterschied zwischen dem römischen und dem modernen Processrechte zeigt sich in der Möglichkeit von Klageanträgen mit einem zunächst unbestimmten Umfange. Diese Erscheinung hat den Formularprozess überdauert; denn sie tritt uns in Justinians Institutionen entgegen:

Arg. § 32 Inst. de action. 4, 6: Curare autem debet judex, ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei, sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum sit.

Das neuere Recht verlangt aber in der Regel schon von der Klageschrift dieselbe Bestimmtheit des Gegenstandes, wie sie im Urteile vorausgesetzt wird. Mit Unrecht hat man das Erfordernis des bestimmten Klageantrages nach gemeinem deutschen Prozessrecht auf römische Quellenstellen gegründet. (Vgl. z. B. *Wetzell*, System des ordentlichen Civilprozesses, Leipzig 1878 § 14 S. 115, § 70 S. 942). Diese Stellen reden nur von besonderen Klagen, namentlich vindicationes (lex 5 § 5, lex 6 Dig. de rei vind. 6, 1) oder ähnlichen Ansprüchen (l. 1 § 40, 41. D. depos. 16, 3) oder auch von Strafklagen, bei denen das Mehrfache nur nach einem genau bezeichneten einfachen Gegenstande berechnet werden konnte (l. 19. 53 § 25. Dig. de furtis 47, 2). Aber auch von der dort erforderten Bestimmtheit des Klagegegenstandes finden wir Ausnahmen, deren Giltigkeit im gemeinen Prozesse nicht zweifellos ist (l. 1 § 40 in fine D. depos. 16, 3, l. 19 § 4 in f. D. de furtis 47, 2). Die Befreiung von der bestimmten Angabe des Klagegegenstandes im Falle eines Kalumnieneides ist jedenfalls später weggefallen.

Aber auch abgesehen hiervon war das römische Recht der Klageanträge nicht dem modernen gleich; denn das erwähnte Erfordernis der Bestimmtheit des Antrages bezog sich nicht auf alle Klageformen. Es ist allbekannt, dass es neben den actiones certae pecuniae oder rei, bei denen die Formel den Schuldgegenstand bezeichnete auch condictiones incerti gab. Ihr Name wird freilich zuweilen als interpoliert angesehen, aber niemand bestreitet, dass sie schon im klassischen Recht bestanden haben und ihren Namen verdienten. Vor allem gingen aber — von den condictiones incerti abgesehen — alle formulae der actiones bonae fidei nur auf ein « quidquid dare facere oportet ex fide bona » und es ist zweifellos, dass der Kläger, wenn er diese Formel erbat, eine bestimmte Bezeichnung der Höhe seines Anspruchs nicht schon bei der litis contestatio zu geben brauchte, wenn er auch offenbar später in judicio vor der sententia seine Wünsche in bestimmte Zahlenangaben einzukleiden genötigt war. Derartige spätere Anträge des Klägers im Verfahren vor dem Richter brauchten daher nicht schon in der Formel aufgezeichnet zu sein und wurden somit in den Vorverhandlungen de constituendo judicio noch nicht erörtert.

Hiermit hängt es wohl zusammen, dass man in besonderen Fällen Gewicht darauf legte, statt der condictio sine causa wegen Bereicherung auch noch eine actio bonae fidei zur Auswahl zu geben, die ebenfalls auf Bereicherung ging. Als das Gebiet der Condictionen auch bei Bereicherungen sich zunächst auf Beanspruchung eines certum beschränkte, was sicherlich der Fall war, war es für den Gläubiger von grossem Werte, dass er nicht schon vor der litis contestatio den Schuldbetrag genau zu berechnen brauchte, um der Gefahr einer pluris petitio auszuweichen. So erklärt sich z. B. l. 48 (49) de negotiis gestis. III, 5.

Auch die bekannte Gewohnheit bei Consensualverträgen gleichzeitig eine Stipulation abzuschliessen bot den Vorteil nach Belieben des Gläubigers entweder eine Stipulationsklage auf ein certum oder auch eine actio bonae fidei mit unbestimmtem Klageantrage anzustellen.

Bei diesen unbestimmten Formen lag zunächst eine gewisse Elasticität der Klageanträge vor, die ein Vorzug besonderer Ansprüche war; dass sie sich auch im Libellprozesse nicht geändert hat, dafür gibt die angeführte Stelle aus Justinians Institutionen (IV, 6, 32) den vollen Beweis. Wie bekannt ist, begann erst zur Zeit der späteren Glossatoren der Prozess grundsätzlich mit einem vollständigen Klagevortrage (vgl. Bethmann-Hollweg, der römische Civilprozess III § 152 Anmerkung 6). Diese Vollständigkeit des Vortrags konnte aber nur dann geprüft werden, wenn auch der Antrag bereits bestimmt und vollständig vorlag. Dass der Substantierungszwang für die Klageschrift mehr und mehr obligatorisch wurde, bewirkte daher eine scharfe Scheidung von Klagevortrag und Klageantrag (petitum), wie sie namentlich der jüngste Reichsabschied von 1654 voraussetzt, und eine gesteigerte Anforderung an die Bestimmtheit des Antrags. Je mehr man daher eine genaue Feststellung des streitigen Anspruchs schon von dem Inhalte der einseitigen Klageschrift verlangte, statt von den Parteiverhandlungen ante litis contestationem, die in früheren Zeiten dazu dienten, desto notwendiger war es, in ihr auch einen genau bestimmten Antrag zu erwarten. Als schliesslich im neueren Prozessrecht der alte Grundsatz « contumax negat » der Regel « contumax concedit » wich, damit man dem widerspenstigen Verklagten möglichst schnell ein Versäumnisurteil auferlegen konnte, da musste die Klage so beschaffen sein, dass sie einem solchen Urteile unmittelbar als Grundlage zu dienen vermochte. Dazu gehörte aber nicht blos ein vollständiger Klagevortrag, aus dem zu sehen war, worum es sich handelte, sondern auch vor allem ein solcher Klageantrag, dessen Inhalt an Bestimmtheit hinter dem, was das Urteil feststellen sollte, nicht zurückstand. Die actio durfte seitdem ebenso wenig auf eine incerta quantitas gerichtet sein wie die sententia. Der oben angegebene Satz aus Justinians Institutionen (IV, 6, 32) war damit aufgehoben.

So ist das Erfordernis des in seiner Höhe bestimmten Klageantrag keineswegs römischen Rechtens, wenigstens

in seiner Allgemeinheit nicht, sondern ein Ergebnis des veränderten Prozessrechts, das es allerdings nicht entbehren kann.

Ich erwähne nur beispielsweise :

« Code de procédure civile. — Art. 1. Toute citation.... énoncera sommairement l'objet et les moyens de la demande.

Art. 61. L'exploit d'ajournement contiendra.... 3) l'objet de la demande, l'exposé sommaire des moyens ».

und § 253 der deutschen Civilprozessordnung :

« Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Derselbe muss enthalten :

Die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag ».

Solange in Deutschland das corpus juris civilis als ein Gesetzbuch galt, dessen Wortlaut die Praxis zu beachten hatte, war es begreiflich, dass man — hier wie sonst — aus ihm so wenig wie möglich Veraltetes herauszulesen gewillt war. Das Festhalten an den Texten erschien vielfach als ein Gebot der Rücksicht auf die Rechtssicherheit.

Dadurch war es erklärlich, dass man auch das unbedingte Erfordernis eines bestimmten, also starren, nicht elastischen Antrages am Prozessbeginne möglichst in die römischen Quellen hineinlas, obwohl darin ein Anachronismus lag. Durch diesen Missgriff wurden viele Dinge unbegreiflich und der Inhalt des reinen römischen Rechts verdunkelt, weil es für verschiedene Erscheinungen des römischen Prozessrechts unerlässlich ist, die römische Elasticität gewisser Klageanträge zu verwerthen, um diese Erscheinungen zu verstehen.

Dahin rechne ich zunächst die berühmte Definition der Intentio bei Gajus IV 41 : ea pars formulae qua actor desiderium suum includit. Die Stelle redet so, als ob der Kläger die Formel herstelle und nicht der Prätor, dessen Befehl an den Richter sie in sich schloss, weil bekanntlich der Kläger diese Formel zu diktieren pflegte, eine Redeweise, die zu

Wlassak's bekannter scharfer Betonung der Vertragsnatur der litis contestatio vortrefflich passt (Die Litiscontestation im Formularprocess 1889, Breslauer Festschrift). Allein, wenn wir uns auch in diese Auffassung ganz hineindenken, so bleibt doch immer noch auffällig, dass das desiderium, dessen Namen unwillkürlich an den Klageantrag (petitum) des modernen Prozessverfahrens erinnert, von Gajus in der intentio gefunden wird und nicht vielmehr in der condemnatio. Die letztere ist doch das, was sich der Kläger wünscht. Die Intentio aber ist nur die Vorbedingung dafür, dass sein Wunsch erfüllt wird.

Betrachten wir zunächst die Condictio certi, in der sich die Intentionssumme und die Condemnationssumme deckten: Si paret N^um^ N^um^ A° A° sestertium X milia dare oportere, N^m^ A° sestertium X milia condemna (Gaj. IV, 50). Hier schliesst allerdings die condemnatio das desiderium actoris in sich ein. Doch konnte man das gleiche auch von der Intentio sagen; denn hier nannten beide Formelteile dieselbe Summe. Blicken wir dagegen auf die Klagen de incerta quantitate, so zeigt sich, dass Gaius in der Tat ganz genau redete, als er das desiderium des Klägers nicht aus der condemnatio, sondern aus der intentio (und der sie erläuternden demonstratio) entnommen wissen wollte. Wenn es bei einer solchen Klage nach Gaius IV, 136 hiess : Quod Aulus de Numerio Negidio incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo dare facere oportet, judex, tanti Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, so ist es klar, dass das Wort « tanti » in der condemnatio über den Inhalt des Begehrens des Klägers keinen Aufschluss gab, es also nicht in sich einschloss. Man musste daher bei solchen Formeln auf die Intentio und die sie erläuternde Demonstratio zurückgreifen, um zu ersehen, was der Kläger wünschte und worüber der Richter durch die Formel zu einem Urteilsspruche aufgefordert und ermächtigt wurde.

Das Gleiche gilt auch von sämmtlichen actiones bonae fidei, die ebenfalls mit dem unbestimmten Ausdrucke « quidquid » abgefasst waren.

Bei allen formulae finden wir aber nicht, wie dies in der

heutigen Klageschrift des deutschen Prozessrechts verlangt wird (C. P. O. § 253 Abs. 2 No. 2), Klagegrund und Klageantrag neben einander in stilistischer Trennung, sondern der Antrag steckte (includebatur) nach seiner äusserlich nicht fixierten Höhe in der Angabe des Klagegrundes und musste durch Bezugnahme auf diesen Grund später in judicio gerechtfertigt oder zahlenmässig bestimmt werden. Dabei galten Ueberforderungen, die erst in diesem Stadium des Verfahrens, also post litis contestationem hervortraten, nicht als pluris petitiones; denn die entscheidende Feststellung, nach der man abmass, ob zu viel gefordert war, lag in der Formel (Gaius IV, 53 : si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit). Sie lag also nicht in dem, was der Kläger später in judicio aus der intentio heraus folgerte und begehrte.

War hiernach die Elasticität des Klage-Antrages für den Kläger vorteilhaft, weil sie ihn vor den Gefahren der pluris petitio schützte, so gab sie andererseits auch dem Verklagten bei den actiones bonae fidei das Recht auf alle Einreden, die ex fide bona die gegnerischen Wünsche hinunterzudrücken geeignet waren, auch wenn sie nicht besonders in die Formel eingerückt waren. In diesem Sinn war auch der Antrag in der actio rei uxoriae gegenüber den impensae necessariae elastisch, nicht aber gegenüber den impensae utiles (Ulp. l. 7 Dig. de impens. 25, 1) : Utiles non quidem minuunt ipso jure dotem, verumtamen habent exactionem. (P. F. Girard, Manuel Elémentaire du droit Romain, 5. éd. Paris 1911, p. 708, n. 3, verweist hierauf zur Erläuterung der Compensationlehre). Wenn auch, wie wir gesehen haben, sich dies im Justinianischen Rechte nicht geändert hat, so beginnt doch schon in der spätrömischen Zeit eine Umwandlung im Gebrauche des Wortes intentio (Bethmann-Hollweg, Civilprozess III, S. 244). Man sieht seitdem darin den Namen für einen Klagevortrag. Diesem musste zwar, wie erwähnt, erst im nachrömischen Rechte ein schon in der Klageschrift bestimmter Antrag unbedingt folgen, trotzdem steht schon im spätrömischen Recht das desiderium des Klägers nicht mehr in seiner intentio im neueren Sinne des

Wortes, wenn dies auch erst in der nachrömischen Entwickelung äusserlich scharf zu Tage trat. Wer daher nicht in der römischen Rechtsgeschichte taktfest ist, und auch zur Zeit des Gaius den späteren Sinn des Wortes intentio als massgebend ansieht, könnte glauben, dass Gaius in seiner « pars qua actor desiderium suum includit », Klagevortrag und Klageantrag verwechselt habe. In Wirklichkeit war aber, wie wir gesehen haben, das Verhältniss dieser beiden Klagebestandteile in Rom ein ganz anderes als bei uns, und daher der anfängliche Antrag von allen später geäusserten Wünschen grundsätzlich unterschieden.

Für die Lösung der bekannten Rätsel des Compensationsrechts ist dies von ganz besonderer Bedeutung. Unter den Texten, die völlig dunkel bleiben, wenn man sie durch die Brille des nachrömischen Erfordernisses starrer Klageanträge betrachtet, steht vielleicht in erster Stelle die berüchtigte l. 21 Dig. de compensationibus XVI, 2 (Paulus) : Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, sed ab initio minus ab eo petitur.

Dass die Stelle interpoliert ist, unterliegt wohl heutzutage nicht mehr dem geringsten Zweifel (vgl. *Girard* a. a. O. S. 707, A. 1. *Lenel*, palingenesia 1273). Aber Umfang, Zweck und Sinn der Interpolation, also das, worauf es vor allem ankommt, vertragen noch jetzt weitere Aufklärung.

Ansprechend erscheint zunächst die Annahme, dass Paulus, in dem ursprünglichen Texte von dem argentarius gesprochen habe, der immer nur cum compensatione klagen durfte und zwar ab initio (vergl. Girard a. O. S. 707 Anmerk. 1 n. 2). So vermutet Lenel (palingenesia 1273), dass der Anfang der Stelle gelautet habe : « Si procurator absentis ab argentario conveniatur ». Unterliess ein argentarius den ihm vorgeschriebenen Abzug der Gegenforderung des Verklagten, so konnte der Klageanspruch einfach verneint werden. Er war ipso jure ungiltig. Einer besonderen exceptio bedurfte es nicht und ein procurator absentis brauchte daher keine Kaution dafür zu stellen, dass der Beklagte einen solchen Antrag auf Einfügung einer exceptio in die Formel

genehmigen werde. Doch kann auf diesem Fall des vom Kläger unterlassenen Compensationsabzugs unsere Stelle sicherlich nicht bezogen werden. Sie sagt deutlich : « ab initio minus ab eo petitur » nicht « peti debebat ». Wurde aber das minus verlangt, so lag keine pluris petitio vor.

Denkbar bliebe also nur dieser andere Fall, dass keine pluris petitio geschehen war. Nimmt man aber an, dass im Falle der Lex 21 cit. ein klagender Argentarius von vorn herein seine Gegenschuld von seiner Forderung abgezogen hatte und den blosen Ueberschuss verlangte, dann wäre es freilich nur allzu wahr gewesen, dass ein Procurator absentis für eine Compensation keine Gelegenheit hatte, weil ja dann der Verklagte selbst keiner solchen bedurfte. Dann würde es also völlig sinnlos gewesen sein, die spätere Genehmigung einer solchen Gegenrechnung durch cautio de rato zu sichern. Es würde aber dies nicht blos dann richtig gewesen sein, wenn der Kläger argentarius war, sondern überall da, wo ein Gläubiger dem verklagten Schuldner durch Abzug der Gegenforderung ein Zugeständnis machte. In solchen Fällen würde aber überhaupt schwerlich jemand auf die Frage verfallen sein, ob der Vertreter des Abwesenden hier eine compensatio nebst den zugehörigen Kautionen bedürfe. Eine derartige quaestio Domitiana würde ein Paulus schwerlich beantwortet, auch nicht einmal nur in Erwägung gezogen haben. Die Lex 21 cit. würde dann unerklärlich sein, sie kann also schwerlich von einem argentarius, qui ab initio minus petebat, gesprochen haben.

Ueberhaupt würde Justinian nur dann diese Stelle vom argentarius auf alle anderen Arten von Klägern haben ausdehnen können, wenn das besondere Compensationsrecht der argentarii verallgemeinert worden wäre. Dies ist aber wenig wahrscheinlich. Man konnte doch den argentarii die Abzugspflicht nur deshalb zumuten, weil man von ihnen eine tadellose Buchführung erwartete. Nur unter dieser Voraussetzung war es dem argentarius möglich die Formel : Titium sibi decem milia dare oportere amplius quam ipsi Titius debet richtig auszufüllen. In der löblichen Gewohnheit der Buchführung ging aber bekanntlich die römische Ent-

wickelung nicht vorwärts, sondern zurück. Man denke nur an das Verschwinden der Bücher, auf die sich der Litteralcontract gründete. Es ist also nicht sehr wahrscheinlich, dass strenge Anforderungen des Rechts, die mit dem früheren ordnungsmässigen Führen der Bücher zusammenhingen, sich in der späteren Zeit auf den ganzen Volkskreis erweitert haben, in dem seit der Lex Antonina viele schriftunkundige Bürger steckten.

Nach alledem verbietet sich also die Erklärung der Stelle aus dem Sonderrechte der argentarii.

Wohl aber lässt sie sich aus der römischen Zulassung elastischer Klageanträge erläutern. Gerade weil uns diese Zulassung fremd geworden ist, mutet uns die Lex 21 cit. so fremd an, nicht blos deshalb, weil das römische Recht des procurator absentis veraltet ist. Sie sagt von einem Vertreter des Verklagten, dass er nihil compensat, obwohl er doch ganz offenbar eine Gegenforderung abziehen will, darin liegt für unser Gefühl eine contradictio in adjecto. Es heisst da, dass er nicht compensiere, indem er compensiert. Dies scheint nahezu sinnlos. Bei uns ist eben der Fall gar nicht anders denkbar, als dass der Kläger eine bestimmte Summe verlangt und dass hierauf der Vertreter des Verklagten einen Abstrich macht, den wir als Compensatio zu bezeichnen genötigt sind. Recht und Gegenrecht stehen einander gegenüber. Wer als Verklagter das Recht durch ein Gegenrecht abwehrt, vollzieht damit einen Akt der Rechtsausübung. Sine exceptione (im heutigen Sinne des Worts) kann man bei uns gegenüber einem bestimmten Antrage nicht compensieren. Wäre dagegen der Klagegrund auch bei uns elastisch und könnte er auch noch bei uns blos auf ein quidquid dare facere oportet ex fide bona gehen, dann würde auch bei uns der anfängliche Antrag nicht blos eine Expansivkraft haben, sondern auch eine Compressionsmöglichkeit in sich schliessen, d. h. einen freiwilligen Abzug compensabler Gegenansprüche stillschweigend zugestehen. Wer sich als Verklagter auf diesen stillschweigenden Abzug berufen würde, würde dann auch bei uns nicht über eine Gegenforderung verfügen. Vielmehr würde er einfach den

Wunsch des Klägers, der den Ueberschuss der Hauptforderung über die Gegenforderung übersteigt, nicht blos als unberechtigt ablehnen, sondern, falls auch bei uns der anfängliche Antrag eine unabänderliche Schranke des Prozessgegenstandes wäre, diesen Mehranspruch als gar nicht zur Sache gehörig bezeichnen. Es würde dann auch nicht einmal eine partielle Klageverneinung vorliegen, wie das bei der pluris petitio in Rom der Fall war, sondern nur eine Rückweisung einer erst post litis contestationem geschehenen prozessual unmöglichen Erhöhung des Anspruchs. Ein solche Erhöhung würde nicht einmal eine pluris petitio im römischen technischen Sinne des Wortes in sich schliessen, aber unzulässig und daher sogleich zurückzuweisen sein, weil sie ganz ausserhalb des Rahmens der rechtshängigen Sache läge.

Alles dies gilt aber bei uns nicht. Es galt dagegen im römischen Förmularprozess, jedoch auch dort nur so weit, als das Gebiet der elastischen Anträge reichte. Hieraus ergibt sich, dass mit dem Wegfall dieser Anträge sich nicht blos das Recht der pluris petitio geändert hat, sondern auch die damit zuzammenhängende Auffassung unzulässiger Klageanträge, namentlich solcher, die eine Gegenforderung des Verklagten unberücksichtigt liessen. Dem Formularprozesse waren freilich Klageänderungen nach dem Satze : « Judicem formula includit » fremder als uns. Dies wurde jedoch durch die Möglichkeit elastischer Anträge minder drückend. Soweit diese den Kläger schützten, war die unzulässige Klageerweiterung keine pluris petitio.

Im heutigen Verfahren sind freilich die Folgen der pluris petitio erheblich geringer; denn sie erschöpfen sich in einer dem Kläger nachteiligen Regelung der Kostenlast, insoweit aber die pluris petitio noch immer gilt, hat sich ihr Gebiet durch die Starrheit der Klageanträge erweitert. Wir machen keinen Unterschied mehr zwischen dem Kläger, der von Anfang an zu viel fordert, und demjenigen, der erst im Laufe des Prozesses seinen Anspruch unzulässiger Weise erhöht. Wir lassen allerdings solche Erhöhungen ausnahmsweise zu (§ 264 C. P. O.); soweit aber diese Aus-

nahmen nicht reichen, sind unzulässige Klageerhöhungen ohne weiteres als pluris petitiones anzusehen. Ja sogar im Compensationsfalle muss der Kläger einen Teil der Kosten tragen, wenn die Gegenforderung kleiner ist als die Hauptforderung und vom Richter anerkannt wird.

Im klassischen römischen Recht, das überdies die Prozesskosten freilich noch nicht kannte, war das alles ganz anders und zwar schon vor Marc Aurel auf dem Gebiete der actiones bonae fidei, bei denen der elastische Klageantrag den Vorwurf einer pluris petitio auch dann ausschloss, wenn der Verklagte eine zur Aufrechnung geeignete Gegenforderung hatte. Der Verklagte machte dann nicht ein Recht gegenüber dem Klageantrage geltend, sondern klammerte sich vielmehr an den Wortlaut dieses Antrages, wie er in der formula stand. Er protestierte einfach gegen ein desiderium intentione non inclusum. Tat dies ein Vertreter, so bedurfte es hierzu keiner Genehmigung von seiten des vertretenen Verklagten; denn die Hervorhebung des Compensationsrechts war keine Durchführung eines Gegenrechts, auch nicht einmal eine Klageverneinung, sondern nur die Abwehr einer unerlaubten Anspruchserhöhung, einer Ueberschreitung des vom Kläger Verlangten. Es war daher eingentlich eine Rechtsdeduction gegen unzulässige Folgerungen des Klägers aus dem Wortlaut der formula, freilich eine solche, deren tatsächliche Grundlage im Notfalle erwiesen werden musste und damals nicht « exceptio » hiess.

So war es nach Inst. 4, 6 § 30 vor Marc Aurel. Dieser Kaiser aber führte die gerichtliche Compensation auch bei stricta judicia ein. Hier aber lag die Sache auch noch in der Folgezeit bis Justinian ganz anders. Der Kaiser Marcus hat dem Verklagten zwar auch hier Compensationen erlaubt. Aber nur bedingungsweise. Eine exceptio doli musste von ihm deshalb erbeten werden, also ein Rechtsakt erfolgen, der ohne Genehmigung der Partei nicht vollgiltig vom procurator absentis vorgenommen werden konnte. Der Grund liegt darin, dass der Klageantrag in diesen Prozessen gegenüber etwaigen Gegenforderungen nicht elastisch war, d. h. sie nicht stillschweigend abzog. Bei den Condictiones

certi war er überhaupt ganz starr. Der Gegner konnte hier wegen seine Gegenforderung kraft der excepti doli einfach Abweisung verlangen. Es darf uns daher nicht verwundern, dass wir deshalb im vorjustinianischen Rechte in Compensationsfällen ein causa cadere bezeugt finden. Paulus, sent. II, 5 § 3 : Compensatio debiti ex causa dispari admittitur : velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes, si totum petas, plus petendo causa cadis.

Diese Stelle setzt sicherlich eine Klage des strictum jus voraus, weil sie sonst keinen Sinn hat. Die actiones bonae fidei enthielten ja eine tacita deductio in sich. Ebenso setzt sie voraus, dass der Verklagte sich zum Compensationszwecke nach Marc Aurels Vorschrift eine exceptio doli erbeten hatte, da wir wissen, dass ohne diese eine compensatio bei actiones stricti juris ausgeschlossen war. Durch diesen Antrag auf Einrückung der exceptio zum Compensationszwecke hatte der Verklagte den Kläger vor dem Prozessbeginne gebührend gewarnt. Dieser musste sich also davor hüten, den Streit mit einer Formel zu beginnen, die keinen Abzug enthielt, falls er nicht dessen ganz sicher war, dass die Gegenforderung nicht bestand. Paulus lässt ihn sonst causa cadere, d. h. aus formellen Gründen Schiffbruch leiden, weil er keinen Abzug gemacht hatte. Und zwar werden dem Kläger zwei Wege gewiesen, in denen er sich hiergegen hätte sichern können. Er musste entweder compensare oder deducere. Den Unterschied kennen wir genau (Gaj. IV, 64 und 68). Die Compensatio war ein Abzug in der Intentio, die dann bei der actio certae pecuniae auf den Ueberschuss ging. Das konnte man aber (im Gegensatz zum argentarius) dem gewöhnlichen Kläger nicht zumuten, so lange er an dem Dasein der Gegenforderung Zweifel hatte oder diese Gegenforderung in ihrem Grunde oder in ihrer Höhe ungewiss war (vergl. den Artikel Compensatio, in Pauly-Wissowas Real Encyklopaedie der klassischen Altertumswissenschaft). Deshalb konnte er im Gegensatz zum argentarius sich auch noch mit einer deductio helfen. Diese stand

immer in der condemnatio. Bei ihr zog die Erwähnung eines falschen Betrages keine pluris petitio nach sich. Sie konnte auch unbestimmt gefasst sein. Wahrscheinlich lautete sie in diesem Falle : deducto eo quod invicem debetur. Dadurch war der Kläger gegen unbegründete Gegenforderungen geschützt und dem Gegner wurde trotzdem das Compensationsrecht eingeräumt, weil dieser Zusatz den Klageantrag elastisch machte. Verweigerte der Kläger in jure unbilligerweise das Zugeständnis dieses Formelzusatzes, so brach ihm die exceptio doli mit Recht den Hals.

Bei den sogenannten condictiones incerti war zwar ähnlich, wie bei den actiones bonae fidei, der Klageantrag ebenfalls elastisch, aber er war es im Gegensatz zu diesen nur zu Gunsten des Klägers, nicht zu Gunsten des Compensationsrechtes des Beklagten, weil, sobald es sich um stricta judicia handelt die Worte ex fide bona in der Formel fehlten. Der Klageantrag besass hier zwar Ausdehnungskraft, aber nicht die Fähigkeit, heruntergedrückt zu werden ; denn nur da, wo es sich um das ex fide bona dare facere oportere handelte, wurden die Gegenforderungen durch den Wortlaut der formula stillschweigend abgezogen. Dolo facit qui petit quod redditurus est (D. L. 17. de res juris. l. 173, 3) : und Bonae fidei judicium continet in se doli mali exceptionem (Dig. XXX de leg. I fr. 84 § 5). Wo es sich dagegen um eine Verpflichtung ohne den Zusatz ex fide bona handelte, da war das Compensationsrecht auch nach Marc Aurel nicht selbstverständlich, sondern musste nach des Kaisers Vorschrift besonders mit einem Antrage auf exceptio doli erbeten werden. Daher ist die Stelle aus Pauli sent. (II 5, 3) auch auf diese Klagen zu beziehen.

Nur hieraus wird Justinians bekannte Neuerung (C. 14 Cod. de compens. IV, 31) nach dem Berichte in § 30 Inst. de action. IV, 6 erklärt. Wer diese letztere Stelle unbefangen liest, sollte nicht daran zweifeln, dass der Kaiser in ihr mit seiner neuen Vorschrift durch die ominösen Worte « ipso jure » nichts anderes bezeichnen wollte, als den bekannten Gegensatz von ope exceptionis im Sinne des römischen

Prozessrechtes. Das Wort ist hier von der ihm so oft untergelegten materiellen Bedeutung einer gegenseitigen Schuldtilgung ohne jede Parteitätigkeit weit entfernt. Justinian teilt uns geradezu mit, dass im Anfang nur die bonae fidei judicia ipso jure, d. h. sine exceptione, Compensationen gestatteten, später aber auch die stricta judicia, Compensationen zuliessen, diese jedoch nur unter einer Bedingung (opposita doli mali exceptione). Diese Bedingung will der Kaiser für liquide Gegenforderungen (bei Compensationes, quae jure aperto nituntur) streichen. Daher war auch für Pauli sent. II 5, 3 in seiner Sammlung kein Platz. Die stricta judicia sollen nunmehr auch ohne eine vorausgeschickte Einrede Compensationen ebenso vertragen wie vorher die judicia bonae fidei. Seitdem sind alle Klageanträge gegenüber den Compensationseinreden elastisch geworden, wenn sie es auch in anderer Hinsicht nicht waren, soweit sie sich auf das strictum jus gründeten, das Justinian keineswegs völlig beseitigt hat.

Des Kaisers neue Regel (Cod. IV, 31, 14) musste im nachrömischen Recht ihren Sinn und ihren Wert verlieren, als die elastischen Klageanträge grundsätzlich verschwanden. Mit dem veränderten Civilprozess ist die Vorschrift einfach weggefallen.

Dass das Recht des procurator absentis nicht mehr gilt, ist eine Sache für sich. Die Lex 21 cit. 16 2 interessiert hier nur als eine Consequenz des ipso jure compensari im Justinianischen Rechte, d. h. der Elasticität aller Klageanträge gegenüber etwaigen Compensationswünschen des Verklagten ohne das ältere Erfordernis der exceptio doli.

Für unsere Stelle kommt die andere ebenfalls prozessuale Bedeutung des « ipso jure » nicht in Frage, die darin einen Hinweis auf die Unabhängigkeit der Compensation vom freien richterlichen Ermessen sieht (vergl. Dernburg, Pandekten 7. Aufl. II, S. 173 § 62). Diese Unabhängigkeit rührt, insoweit sie überhaupt wegen der Rücksicht auf die Liquidität der Gegenforderung gilt, erst von Justinian her und Paulus kann auf die nicht angespielt haben. Zu seiner

Zeit galt bei stricta judicia noch nicht der Satz : In eo quod invicem debetur ab initio minus petitur.

Noch ein Seitenblick auf die materielle Bedeutung des « ipso jure » sei gestattet. Man fand sie auch in unserer Stelle, weil man die Bedeutung dieser Worte überall in dasselbe Prokrustesbett pressen wollte. Lex 21 sagt aber nicht : minus ab eo debetur sondern : minus ab eo petitur.

Ueberhaupt ist das ipso jure compensari keineswegs identisch mit dem ipso jure pro soluto haberi der cst. 4 Codicis de comp. IV 31 (Alexander) : Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur, utique, quoad concurrent quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio eorum subsistit.

Dass hier die blose Compensationsmöglichkeit als Zahlungssurrogat bezeichnet wird, kann nicht geleugnet werden und keine Annahme einer Interpolation hilft darüber hinweg. Der Compensation wird Zahlungskraft beigelegt, insofern und weil sie, ebenso wie die Zahlung, die Entstehung weiterer Zinsansprüche verhindert. Wenn man der neueren Teorie zu Liebe, die von der Zahlungskraft der Aufrechnungsmöglichkeit nichts wissen will, aus der Stelle eine rückwirkende Kraft der Compensationserklärung herausgelesen hat, so verdanken wir dem freilich den § 389 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Man beachte jedoch, dass Rückwirkungen von sofortigen Wirkungen sich im wesentlichen nicht unterscheiden, sobald man sie mit Sicherheit voraussieht. Darum weicht man der viel gescholtenen gesetzlichen Compensation doch nicht aus, wenn man sie in eine Rückwirkungsform einkleidet.

Die C. 4 de comp. IV, 31 würde übrigens nur dann unhaltbar sein, wenn sie das Gegenüberstehen von Haupt- und Gegenforderung in jeder Hinsicht der Zahlung gleichstellen würde ; dann würde ihr allerdings Dig. XVI, 2 de comp. fr. 7 § 1 widersprechen : Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio : nec enim rei

judicatae exceptio obici potest, da nach einer wahren Zahlung keine Petitio als salva übrig bleibt. Der Kaiser Alexander hat jedoch Aufrechnung und Zahlung nur in dem erwähnten Hauptpunkte der Tilgung zukünftiger Zinsansprüche verglichen, und wenn er dabei sich etwas allgemein ausgedrückt hat, so kommt ihm dabei zu gute, dass alle Vergleiche hinken.

Unsere Lex 21 d. 16, 2 hat aber mit der ganzen Streitfrage über die Zahlungskraft der Compensationsmöglichkeit nichts zu tun ; sie spricht nur von processrechtlichen Dingen und hat ein Seitenstück in der lex 4 Dig. de comp. 16, 2 : Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem « ex omni contractu » debere, quod ex compensatione reus retinere potest : sicut enim, cum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem quam reus condemnari potest.

Hier ist wohl die Wendung « ex omni contractu » ein interpoliertes Surrogat für die ursprünglichen Worte ex bonae fidei contractu. Der Bürge konnte ursprünglich nur ebenso compensieren wie der Hauptschuldner ; daher nur bei actiones bonae fidei, die gegen diesen letzteren Schuldner gingen, ipso jure, seit Justinians Vorschrift (Codex IV, 31, 14) aber bei allen Arten von Hauptschulden.

Ich kann es mir übriges nicht versagen hervorzuheben, dass die rein psychologische Wirkung des « invicem deberi » überall und jederzeit vernünftige Parteien dazu bestimmen wird, die beiden Schulden als getilgt anzusehen, auch ohne dass darüber gesprochen wird. Selbst wenn es gar keine Compensationseinrede gäbe, würde eine natürliche Scheu vor einer mutua petitio und vor einem zwecklossen Hin- und Herzahlen so wirken. Auf dies natürliche Empfinden nahm die römische Entwickelung Rücksicht und das heutige Recht tut dies wenigstens in der Form der Compensationsrückwirktung.

Wir fragen nunmehr : Wie weit reicht die Interpolation der Lex 21 Dig. de comp. 16, 2 ? Was kann in ihr ursprünglich gestanden haben ?

Nach dem Gesagten liegt nichts näher, als anzunehmen, dass Paulus blos von den bonae fidei judicia sprach und Justinian seine Worte durch Umarbeitung auf alle Prozesse auszudehnen bestrebt war. So erklärt man am besten den Anfang : « Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur, ipso jure compensari ». Das « inter omnes » sagt in dem ungeschickten Latein der spätrömischen Zeit so viel wie : inter omnes litigantes (sive ex fide bona sive stricto jure agatur), non tantum inter litigantes in bonae fidei judiciis. Es könnte ja auch : « inter omnes jurisconsultos » bedeuten. Das ist aber deshalb nicht möglich, weil erst Justinian sich rühmt das allgemeine ipso jure compensari geschaffen zu haben und es daher nicht schon zur Zeit des Paulus von allen Rechtsgelehrten anerkannt worden sein kann. Hiernach dürfte es nicht nötig sein, die neuerdings beliebte Streichung des ganzen Satzes von posteaquam bis compensari vorzunehmen. Es giebt ja einen ganz guten Sinn wenn es heisst : Posteaquam placuit in bonae fidei judiciis id quod invicem debetur, ipso jure compensari. Allerdings vermisse ich zwischen : « Si procurator absentis » und « conveniatur » noch ein « de eo » oder dergl. Dieser Mangel trifft aber die Stelle ebenso in ihrem interpolierten Zustande wie in dem vermuteteten ursprünglichen Wortlaut. Stillschweigend muss man es jedenfalls einschieben und es geschieht dies natürlicherweise auch ganz allgemein. Wenn man sie so erläutert, so stellt sich die Lex 21 D. 16, 2 lediglich als ein Anwendungsfall der von Justinian erweiterten, aber später weggefallenen Möglichkeit elastischer Klagen dar, oder mit anderen Worten als Anwendungsfall einer *actio de incerta quantitate*.

Zum Schluss sei noch ein kurzer Blick auf den Zusammenhang der elastischen Klageanträge mit dem Umfang der Rechtkraft gestattet. Bei uns schwankt wie wir sahen, die Rechtshängigkeit in ihrem Inhalt insofern, als die zuletzt vorliegenden Klageanträge ebenso abgeurteilt werden, wie die anfänglichen. Nur insoweit die Klage nicht zurückgenommen werden kann (271 C. P. O.) entscheidet auch bei uns der ursprüngliche Antrag, was bei den römischen elastischen

Anträgen nicht, galt. Das von der Rechtshängigkeit Gesagte gilt auch von der Rechtskraft. Waren die elastischen Anträge für unbescheidene Kläger ein Vorteil, weil er seine Wünsche ohne pluris petitio steigern konnte, so waren sie für den bescheidenen Kläger ein Fallstrick hinsichtlich des Umfanges der Rechtskraft. Das quidquid dare facere oportet umfasste nicht blos das wirklich Verlangte, sondern alles, was verlangt werden durfte. Die bekannte Unzulässigkeit einer Nachforderung von Verzugssinsen in bonae fidei judicia hängt hiermit zusammen und wird dadurch allein verständlich. Die Ueberzeugung, dass diese Regel veraltet sei, hat sich nur darum so mühsam Bahn gebrochen, weil man ihre geschichtliche Wurzel nicht klar erkannte und hinter ihr allerhand praktische Erwägungen suchte. Zu unseren heutigen Verfahren passt sie nicht mehr.

Wir ziehen unser Schlussergebnis dahin, dass das römische Recht der elastischen Klageanträge mehrere wichtige Abweichungen vom heutigen Rechte mit sich brachte, nämlich :

1. das Verhältnis des Klageantrages zum Klagevortrage,
2. die schärfere Unterscheidung der anfänglichen pluris petitio von der späteren unzulässigen Klageerweiterung,
3. die Unterscheidung der Aufrechnungseinrede von dem Protest gegen eine unzulässige Klageerweiterung,
4. den Umfang der Rechtskraft bei elastischen Prozessformularen.

Dass damit das Recht der actio de incerta quantitate völlig erschöpft sei, kann nicht behauptet werden, wohl aber ist die Aufgabe, die sich der Verfasser gestellt hat, erledigt.

Man rühmt der französischen Rechtswissenschaft mit gutem Grunde nach, dass sie das Alte und das Neue, das Fremde und das Einheimische besonders scharf von einander zu scheiden versteht. Zur Feier eines ihrer einflussreichsten Vertreter suchte daher die vorstehende Rechtsvergleichung zwischen altrömischen und modernen Rechtssätzen das Bild des geschichtlichen Inhalts der überlieferten Quellen so viel

als möglich von später entstandenen Anschauungen, die man zuweilen in sie hineinliest, zu säubern.

Den wirksamsten Schutz gegen Vermengung und Verwechselung gibt die Vergleichung.

Rudolf Leonhard,
Professor an der Universität Breslau.

Sulla natura della « merces » nella « locatio-conductio »

Io credo che in nessun modo si possa rendere più direttamente il dovuto omaggio all' illustre romanista che oggi onoriamo, che col contribuire nei limiti delle proprie forze al miglioramento di quello che è il frutto più poderoso della sua segnalata attività di scienziato e di maestro : il Manuale di diritto romano. Ed è appunto un lieve contributo in tal senso che mi lusingo di arrecare colle brevi note seguenti a quest' opera, si può dire, oggidì dominante.

A proposito dei requisiti del contratto consensuale di locazione il Girard (1) accede alla dottrina più diffusa, a senso della quale pei Romani non si poteva parlare di *locatio* se la controprestazione, la *merces*, non consisteva in una somma di denaro, salvo il caso specifico della *colonia partiaria* ; ma cita, senza respingerla decisamente, una opinione del Ferrini (2), che mira a togliere pel diritto classico alla colonia parziaria ogni carattere di peculiarità, sostenendo che l'esigenza della mercede a denaro per aversi contratto nominato di locazione sia stata decretata soltanto da Giustiniano.

Ora a me sembra che la quistione non vada lasciata in certo modo aperta, ma che l'affermazione del Ferrini si

(1) Cfr. Manuel, 5ª ed. p. 570, testo e note 1 e 2.

(2) *Ueber die colonia partiaria*, nell' Archiv für die civilistiche Praxis, Vol. 81 (1893) p. 1 segg. Oltre al Cuq, citato dal Girard, accetta la teoria del Ferrini, Bonfante, *Istituzioni*, 4ª ed., p. 430. È sotto l'influenza di essa Pacchioni, Corso di dir. rom. II, p. 563.

debba dichiarare senz' altro priva di fondamento. Un' analisi del suo studio spero che mi potrà dar ragione.

L'opinione espressa dal Ferrini è causata sopra tutto dal fatto che egli ha creduto di poter trarre dagli scolii dei Basilici prove sicure dell' esistenza nella scuola di Berito (della quale, egli dice, tante idee sono passate nel diritto giustinianeo) di una teoria assoluta, che negava qualsiasi eccezione alla regola che nella locazione la *merces* dovesse consistere in denaro, tanto vero che rigettava in altra categoria di contratti i casi di colonia parziaria recati dalle fonti. Ma tutto ciò non è vero: il Ferrini o deduce troppo dagli scolii bizantini o prende equivoco sul loro significato.

I testi da lui chiamati in causa sono alcuni scolii di Stefano ed uno di Taleleo. Per lo Stefano egli si richiama principalmente al seguente passo (sch. ὁ μισθός ad L. 2 D. locati, 19, 2, Heimb. II, 334):

Δεῖ δὲ ἐν ἀργυρίοις ὁρισθῆναι τὸν μισθόν. εἰ γὰρ μὴ ἐν ἀργυρίοις ἐγένετο, οὐκ ἦν μίσθωσις, ὡς ἔστι μαθεῖν καὶ ἀλλαχόθεν, μάλιστα δὲ ἐξ ὧν Οὐλπιανὸς ἐν τῷ βιβ. ις'. τιτ. γ'. διγ. α' θεμ. η'. φησίν. [Merces autem in pecunia numerata definienda est. Nam si in pecunia numerata non consistit, locatio non est, ut aliunde disci potest, et maxime ex his quae dicit Ulpianus lib. 16. tit. 3. dig. 1. them. 8 (§ 9)].

Io però anzitutto non riesco a vedere come questo scolio possa fare argomentare l'esistenza di una qualsiasi teoria propria delle scuole bizantine nel periodo antecedente alla compilazione. Gli scolii dei Basilici sono certamente un prezioso materiale per dedurne conclusioni storiche in tal senso, quando innestano nei testi romani accolti nella compilazione concetti e teoriche per nulla o pochissimo rappresentate in essi, malgrado il loro passaggio per le mani dei compilatori. Ma se non fanno che trarre dirette conseguenze dal sistema dei libri giustinianei, richiamandosi anche ad altri testi ivi esistenti, possono bensì servire a confermare che Giustiniano segue una determinata dottrina, ma non attestano nulla di nuovo per quanto concerne l'origine della dottrina medesima. Ora, nel brano sopra riferito lo Stefano, è vero, aggiunge al frammento di Gaio (L. 2 cit.) — il quale parla

di *merces* senza accennare alla sua natura (3) — un commento che pone la regola della necessità della mercede a denaro perchè possa aversi *locatio*; ma in primo luogo è da osservare come sia più che naturale in un commentatore che inizia, come egli fa, l'analisi di un negozio giuridico, la preoccupazione di fissarne in anticipazione i caratteri essenziali che non trova esplicitamente indicati nel suo testo, ed in secondo luogo è evidente che lo scoliaste fa opera meramente deduttiva e sistematica, come dimostra la frase generale : *ut aliunde disci potest*, ed il richiamo a Dig. 16, 3, 1 § 9.

Nè l'indice di Stefano a quest' ultimo passo delle Pandette (sch. βονλόμενος, Heimb., II, p. 27) ha carattere diverso. La citata legge esclude l'*actio locati* nel caso che le opere di uno schiavo servano a ricompensare la sua custodia, con la motivazione : *sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis actio datur*. E il commentatore bizantino nel riprodurla non dice altro che questo : ἀλλ' ἐπειδὴ οὐ δίδοται ἀργύριον, ὅπερ ἡ μίσθωσις ἀπαιτεῖ, ἡ πραεσκρίπτις βέρβις ἁρμοτει μοι [sed quia non datur pecunia, *quod locatio exigit*, praescriptis verbis actio mihi competit]. Anche qui l'aggiunta « quod locatio exigit » è una mera deduzione dal testo giustinianeo. Vedremo che il Ferrini nega essere questa una conclusione necessariamente imposta dalla fonte latina ; io credo ch' egli abbia torto ; ma non importa ; se non è necessaria, è certo una conclusione *possibile* ed anche *prossima* ; e ciò basta per togliere allo scolio ogni valore probante nel senso storico anzidetto (4).

Resta a vedere se lo Stefano sia, come vuole il Ferrini, rappresentante di una teoria che nega ogni eccezione alla regola della mercede a denaro. È certo il primo dei due testi sopra esaminati che gli ha fatto credere così. Ma se si con-

(3) Almeno esplicitamente, perchè il riferirsi ch' egli fa alle regole della compravendita ed il parallelo istituito tra il *pretium* e la *merces* provano a mio credere che il giureconsulto sta dal punto di vista della mercede a denaro.

(4) Anche meno può servire Cirillo (sch. Ἐὰν ἔδοκα, Heimb., loc. cit. Ferrini crede che continui a parlare lo Stefano) il quale scrive soltanto : « praescriptis verbis quia merces in pecunia non consistit » ; ripete cioè in forma mutata il testo latino.

fronta l'indice di questo scoliaste a L. 25 § 6 D. *locati*, 19, 2, ove Gaio fa la nota distinzione fra il colonus qui ad pecuniam numeratam conduxit ed il colonus partiarius, si dovrà convincersi diversamente. Dice lo Stefano (sch. Ἡ παρά, Heimb. II, p. 353) :

> ταῦτα δὲ φαμεν περὶ ἐκείνου τοῦ κολωνοῦ, ὅστις χρήματα διδόναι συνεφώνησεν ὑπὲρ τοῦ μισθώματος· εἰ γὰρ ἐμισθώσατο ἐπὶ τῷ μέρος τῶν διδομένων παρέχειν καρπῶν, ὡς ἀπὸ δικαίου κοινωνίας, καὶ τῆς ζημίας καὶ τοῦ κέρδους κοινωνήσει τῷ δεστότῃ τοῦ ἀγροῦ [Haec autem dicimus de eo colono, qui pensionis nomine pecuniam dare promisit ; nam *si sic conduxit ut partem fructuum natorum praestaret*, quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi communicabit].

La parafrasi della qualifica di *colonus partiarius* usata da Gaio, con le parole : qui sic *conduxit* ut partem... praestaret, prova luminosamente che lo Stefano concepisce la colonia parziaria come locazione.

Altro rappresentante della teoria assoluta della mercede a denaro sarebbe Taleleo, come abbiamo già accennato. Ne darebbe la prova il κατὰ πόδας di questo autore alla L. 8 cod. *de pactis*, II, 3. Questa legge dice così :

> Si pascenda pecora partiaria (id est ut fetus eorum portionibus quibus placuit inter dominum et pastorem dividantur) Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto praestare per iudicem compelletur.

Il Ferrini (p. 19) parte dal presupposto che la costituzione si riferisca ad un caso di colonia parziaria, e rileva che Taleleo è così dominato dal principio che la locazione esige sempre e senza eccezioni la mercede a denaro, che costruisce il negozio come società ovvero come contratto innominato a seconda della volontà delle parti. Infatti egli scrive (Heimb. I, p. 648, cap. 69, sch. 1) :

> Haec quidem constitutione dicuntur. Agitur... inter eos qui haec pacti sunt, si quidem animum et voluntatem societatis ineundae habuerunt, pro socio... Si

> tamen in societate ineunda non consenserint, praescriptis verbis agetur, tamquam ex generali conventione.

Ma qui ci troviano certamente di fronte ad un equivoco. Anzitutto Taleleo nei suoi riassunti delle cost. 8 e 21 del titolo *de locato* Cod. Iust., pertinenti a casi di colonia parziaria, considera il negozio come locazione : ciò emerge dall' assenza di ogni accenno a dubbi circa la collocazione dei testi citati nel titolo della locazione e dai termini da lui usati per indicare le parti ; cfr. Bas. Heimb. II, p. 370, cap. 70 : τῷ μισθωτῷ (ad L. 8 cit.), e *ibid.*, p. 373, cap. 83 : τὸν μισθωσάμενον (ad L. 21 cit.) (5). In secondo luogo poi — quel che è più, — se Taleleo nella cost. 8 *de pactis* sopra riferita esclude la locazione, non lo fa perchè la colonia parziaria non è per lui locazione, ma perchè suppone che il testo non abbia riferimento ad un caso di colonia parziaria. Per accertarsi senza possibilità di dubbi in che senso egli intenda la costituzione, occorre correggere il richiamo ad un luogo delle Pandette che appare alla fine del passo greco : « Et quaere lib. 12, tit. 1, cap. 53, them. 3 ». E' una delle tante citazioni sbagliate che riempiono i Basilici e di cui l'Heimbach non si è sentito il coraggio di affrontare la rettifica. Il cap. 53 cit. non ha nulla da vedere neanche lontanamente ed indirettamente col nostro caso ; è evidente che si deve leggere cap. 50 ; ed allora il frammento richiamato è la L. 52 § 2 Dig. *pro socio*, 17, 2 ; cioè il celebre passo in cui Celso cita come ipotesi di società in cui uno mette la cosa, l'altro *artem operamve*, le seguenti :

> veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus...,

e che il Pernice (6) (seguito dal Ferrini medesimo, p. 10) ha spiegato facendo notare che non si tratta di locazione par-

(5) Anche un altro bizantino, l'Anonimo, nella sua *summa* corrispondente a Dig. 19, 2, 25 § 6 (Heimb., II, p. 351) : ὁ δὲ τοὺς καρποὺς μεριζόμενος μισθωτός [conductor autem qui fructus partitur].

(6) Zeitschr. für R. G., N. F. 3, p. 50 seg., specie a p. 57 seg. ; Zeitschr. der Sav.-Stift. VII, p. 98 segg.

ziaria, ma di vera associazione con un tecnico (allevatore o agricoltore). La distinzione è nota, e non vi insisto; aggiungerò che lo stesso dettato di Taleleo conferma la sua interpretazione della legge del Codice, giacchè per ricordare un caso analogo a quello contemplato dalla legge stessa, cita l'esempio del *politor*, con evidente allusione al passo di Celso:

> κατὰ μίμησιν τούτου τοῦ θέματος ἔνθα τις τὰ ἴδια γήδια δίδωσι γεωργοῖς ἐπὶ τῷ τοὺς ἐξ αὐτῶν γινομένους καρποὺς μερίζεσθαι μεταξὺ αὐτοῦ καὶ τῶν γεωργῶν, κοινωνίαν αὐτὸ εἰπεῖν δυνάμεθα [Ad similitudinem huius casus, si quis agros suos *agricolis* ex lege dederit ut fructus inde nati inter ipsum et *agricolas* dividerentur, societatem hoc appellare possumus].

Taleleo, si osservi, non parla di coloni, ma di *agricolae*, e ciò è interessante perchè fa vedere che ancor prima del Pernice egli aveva basato la distinzione tra la società di Celso e la colonia parziaria sul carattere del *politor*.

S' intende dopo ciò che il giurista bizantino (ritenendo esclusa la possibilità di costruire come locazione parziaria la convenzione dichiarata obbligatoria dalla costituzione imperiale, e ciò non per la mancanza della mercede a denaro, ma per la natura del rapporto) veda nel negozio un contratto innominato, qualora l' intenzione delle parti ripugni a che si possa considerare società. In fondo il suo ordine di idee è analogo a quello di Ulpiano in L. 44 Dig. *pro socio*, 17, 2:

Si margarita tibi vendenda dedero, ut si eam decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus praescriptis verbis.

Mi lusingo di aver provato che dagli scolii dei Basilici non si può trarre col Ferrini nè la conseguenza che le scuole bizantine avessero una teoria propria sulla natura della mercede nella locazione, nè la conseguenza che questa teoria fosse assoluta nel senso della mercede a denaro: gli scoliasti invece ritengono con l'opinione moderna dominante che la locazione esige la mercede a denaro, salvo l'eccezione della colonia parziaria che è vera locazione anche per loro.

Questo risultato mette in evidenza tutta l'arbitrarietà dell' affermazione del nostro autore (p. 18), che cioè i compilatori non abbiano fatto attenzione ai testi antichi, secondo i quali la colonia parziaria è locazione, malgrado la deficienza della mercede a denaro. E di vero, soltanto con un simile colpo di mano ingiustificato egli poteva liberarsi dall' ostacolo opposto dal fatto che due costituzioni pertinenti a casi di colonia sono inserite nel titolo del codice *de locato* (IV, 65 cost. 8, 21), e le Pandette giustinianee accolgono la L. 25 § 6 *locati*, 19, 2 (Gaio) che parla di *colonus partiarius*. Taleleo, che è bene un compilatore, abbiano visto che non è colpevole di tale disattenzione. Ciò che pel Ferrini è un indice del modo di vedere dei compilatori è l'inserzione da essi fatta nel titolo del codice *de pactis*, invece che in quello della locazione, della cost. 8 : (« Si pascenda pecora partiaria etc. ») sopra commentata (cfr. p. 19). Ma dal punto di vista dell' interpretazione sistematica della compilazione tale procedere non è corretto, perchè occorre prima vedere se l'inserzione non abbia un motivo che armonizzi col resto delle leggi. Fatto sta che il Ferrini, malgrado che della costituzione non ci siano pervenute che due righe, si ostina a riferirla ad una locazione parziaria, mentre la testimonianza di Taleleo (e sotto questo riguardo sì che la sua autorità non è poca) dimostra che si trattava di una convenzione che, se non poteva concepirsi come società nell' intenzione delle parti, rischiava di essere presa per un nudo patto. E l'imperatore decide che invece è sempre azionabile, perchè in ogni caso non v' è nudo patto, in quanto *subest causa* (la dazione dei *pecora*). E' questa la ragione del collocamento del testo nel titolo dei *pacta* (7), e al postutto si può guardare la successiva cost. 9, che decide un caso analogo in materia di dazione di dote. Fantastico è quindi che, come suppone il Ferrini, i compilatori abbiano forse voluto costruire addirittura un nuovo patto munito di azione.

Ciò che poteva ragionevolmente far nascere in lui il dubbio

---

(7) Nel senso accennato interpreta la legge Cuiacio, Opp. IX, p. 62 segg., mettendola in relazione col caso del *politor* discusso da Celso.

sulla classicità del requisito della mercede a denaro è lo stato di un solo testo classico esistente nelle Pandette ; la L. 5 § 2, 19, 5. Ma sta a vedere sin dove arrivi in essa l'influenza giustinianea, sopra tutto tenendo conto delle testimonianze di altri passi di giureconsulti che non offrono campo agli stessi dubbi. Ed è qui dove il Ferrini, dominato dall' idea d'aver trovato le prove d' una teoria bizantina che non esiste, ha proceduto alla lesta.

Di uno di questi frammenti classici (e ciò pregiudica tutta la sua tesi) egli infatti si libera violentandone il senso in modo manifesto. È la L. 1 § 9 depositi (XVI, 3) di Ulpiano 30 ad Ed. :

> Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto ; si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse : quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, *quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio* : si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quidquam convenit, depositi actio est.

Chi legge spassionatamente il testo (che, si noti, il Ferrini ritiene genuino anche nella parte trascritta in corsivo) ne trae che per Ulpiano, quando la controprestazione dell' uso (*operae*) è la custodia, non si dà l'*actio locati* perchè manca il requisito della mercede a denaro ; e che il negozio è analogo alla locazione, ma non è pel detto motivo locazione (quasi genus locati et conducti intervenit). Il Ferrini (p. 17) invece dice così : « Non è necessario argomentare *a contrario* dalle parole *quia pecunia non datur*. Il giurista afferma semplicemente : in questo caso non si dà una mercede in denaro, come avveniva nei casi precedentemente citati, e quindi dobbiamo cercare un altro rimedio giuridico. Con ciò egli non vuole affatto insegnare che la mercede non può consistere che in denaro ; dice soltanto che una mercede fissata a denaro, come nei casi precedenti fa sorgere la loca-

zione ; questa sorgerebbe anche nei casi meno frequenti in cui la mercede consistesse in un' altra cosa ». Il discorso si capisce poco ; e va da sè, perchè è frutto di uno sforzo. Ad ogni modo quel che si vede bene è il tentativo di restringere la portata dell' osservazione di Ulpiano « *quia pecunia non datur* » con delle aggiunte che nel testo non esistono. La vera ragione per cui il giureconsulto, secondo il Ferrini, esclude nel caso indicato la locazione è perchè le prestazioni reciproche son tali che non si potrebbe distinguere la posizione rispettiva delle parti, ciò che non accadrebbe qualora alle *operae* corrispondesse un' altra cosa qualsiasi a titolo di mercede ; ma qui l' andamento del passo Ulpianeo non lascia scorgere in nessun modo che il suo pensiero sia guidato alla decisione da quest' ordine di considerazioni, e non è ammissibile sopprimere la ragione espressa e sostituirla con una supposititzia.

Se non si può eliminare questa testimonianza diretta della necessità della mercede a denaro nella locazione d'opere, se non si trovano argomenti (come di fatto non se ne trovano) per attribuire a Triboniano la fine del testo : sed quia — actio datur, il còmpito di sostenere una innovazione giustinianea sostanziale diventa disperato. Neppure il sospetto che può destare la frase « praescriptis verbis actio datur » basterebbe ad infirmare la genuinità della motivazione, perchè potrebbe essere giustinianeo soltanto il tipo dell' azione.

Ma non basta. Come il Ferrini non ha potuto eliminare il testo di Ulpiano, così non ha curato la testimonianza indiretta che a mio credere si ha da Gaio, L. 25, § 6 D. *locati,* 19, 2, nel senso che per la locazione di cose la mercede a denaro era altrettanto necessaria, salvo nel caso della colonia parziaria :

> apparet autem de eo nos colono dicere qui ad pecuniam numeratam conduxit ; *alioquin* partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.

L'autore (p. 11 seg.) si occupa di questo testo per la tesi che nel diritto classico la colonia è vera locazione, che cioè

si poteva locare, per dirla con le parole di Plinio, non solo *nummis*, ma anche *partibus*. Sta bene ; ma da esso si deve trarre ancora che si poteva locare *soltanto* nummis e partibus. L'*alioquin* infatti è esclusivo ; prova che nel pensiero del giurista il caso del colonus partiarius è l'unico che esista accanto a quello del colonus qui ad pecuniam numeratam conduxit.

Dato tutto ciò, che dire della L. 5 § 2 Dig. de praescr. verb., 19, 5, di Paolo, che, come accennammo, è in fondo l'unico testo che per il suo stato attuale può assistere il Ferrini? Il frammento è così concepito :

> At cum do ut facias, si tale sit factum quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data, locatio erit, sicut superiore casu emptio : si rem [do] non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio. Quod si tale est factum quod locari non possit, etc.

Tutta questa L. 5, che fa le celebri distinzioni dei contratti innominati, è notoriamente sospetta : in maggiore o minor misura tutti ammettono che il dettato di Paolo ha subito una serie di rimaneggiamenti per opera dei compilatori. Il difficile è però appunto stabilire volta a volta sin dove arrivi il guasto giustinianeo e di che natura esso sia, se formale o sostanziale. Il Ferrini aveva dunque buon motivo di dubitare anche del nostro § 2, tanto più che esso offre elementi di sospetto specifici accanto a quello generico di far parte della L. 5 cit. Ma il trattamento ch' egli fa subire al testo mi sembra ingiustificato. Il suo ragionamento (p. 18 seg.) è questo : Il passo non può dichiararsi completamente compilatorio col Gradenwitz (pel suo contrasto sostanziale col concetto di Celso in L. ult. Dig. 12, 4) perchè Paolo può aver benissimo ritenuto l'esistenza del contratto consensuale anche nel caso presente in cui il locator operis faciendi comincia col dare la mercede (e mi par naturale perchè la mercede può di sua natura essere anticipata) ; ma deve dichiararsi guasto dall' intervento bizantino per ragioni sintattiche : appartiene cioè ai compilatori la distinzione tra « pe-

cunia data » e « si rem [do] », dove la evidente violazione della sintassi e dell' euritmia prova l'interpolazione. Paolo ha semplicemente scritto : « at cum do ut facias, si tale sit factum quod locari solet, locatio erit ; quod si tale sit factum quod locari non possit et cet. ».

Come si vede, il Ferrini, sull' accennato indizio sintattico, senza esaminare prima la possibilità di un guasto meramente formale, ha modificato sostanzialmente il testo, lo ha per così dire aggiustato per fargli esporre la sua tesi, che qualsiasi cosa può servire da mercede per far nascere il contratto consensuale di locazione. È lècito ciò? A me non sembra ; e ritengo che sia più corretto giudicare della sorte toccata al dettato classico, movendo dai dati positivi offerti dal passo medesimo e dalle conoscenze che abbiamo. La costruzione della seconda parte del frammento, che comincia con un : « si rem » (costruzione ellittica, che è stata completata con un *do* dagli editori delle Pandette) è certamente un indice, perchè contrasta con la costruzione della prima parte. Ma di quale delle due probabilità è indice più vicino e plausibile : di quella che i compilatori abbiano scritto loro cominciando con quella forma caratteristicamente ellittica tutta la seconda parte, ovvero dell' altra che avendo arrecato dei mutamenti di forma alla prima parte in modo da variarne la costruzione abbiano lasciato stare la seconda come si trovava? Per quel che sappiamo del modo di procedere dei compilatori, l'ultima ipotesi è la prima da esaminare, e se essa dà frutti, convien ritenerla la più verosimile.

A mio credere infatti nella prima parte del testo i compilatori hanno introdotto una modificazione formale a scopo sistematico. Io mi appoggio a quanto oggidì tutti crediamo : che cioè nel fr. 5 di Paolo lo schematismo : *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias* è opera dei compilatori, mentre Paolo faceva la casistica indipendentamente da categorie generali prefissate. E per rendere graficamente la mia idea, trascriverò la L. 5 sino al punto che a noi interessa, indicando con parentesi in che senso l'interpolazione da me ritenuta si innesta nello schema giustinianeo.

L. 5 pr. : Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi : convenit inter nos ut et tu meum manumitteres et ego tuum : ego manumisi, tu non manumisisti : qua actione mihi teneris quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, [*qui in his competit speciebus* : *aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias* : *in quibus quaeritur quae obligatio nascatur* Trib.] § 1. Et si quidem pecuniam dem ut rem accipiam emptio et venditio est ; sin autem rem do ut rem accipiam... et cet. [*Explicitus est articulus ille do ut des.* Trib.] § 2 [*At cum do ut facias* Trib.] (At si pecuniam do ut facias, Paul.), si tale sit factum quod locari solet, puta ut tabulam pingas [*pecunia data* Trib.], locatio erit, sicut superiore casu emptio ; si rem, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio et cet... Quod si tale est factum, quod locari non possit, etc.

A mio modo di vedere dunque il « si rem » (sottinteso *do*) con cui si inizia il secondo periodo del § 2 è una prova che i compilatori hanno sostituito al caso specifico enunciato da Paolo : *si pecuniam do ut facias* (confronta il caso paralello del § 1), la categoria generale *do ut facias*, per segnalare il cominciamento del secondo *articulus* fra quelli enumerati da loro nel principium, come immediatamente avanti hanno segnalato la fine del primo con la frase : *explicitus est articulus ille do ut des.* Ciò li ha costretti ad inserire l'ablativo assoluto, *pecunia data*, per rimanere nell' ipotesi di Paolo, ed hanno così guastato la euritmia sintattica dell' intero brano. Tolta con la mia proposta la causa, il *si rem* ellittico può stare come è, non ha bisogno di supplementi ed è anche elegante.

Neanche quest' ultima testimonianza della necessità della mercede a denaro nell' epoca classica resta pertanto distrutta, malgrado l'intervento dei compilatori, e neanche l'interpolazione può provare che Giustiniano sia andato più in là dei classici. Questi, al pari di lui, ritenevano la regola della mercede a denaro nei tre tipi di locazione, salvo ad ammettere la locazione nel caso della colonia parziaria.

Di fronte ai risultati così ottenuti esaminando le esplicite dichiarazioni dei testi, mi pare superfluo perseguire le induzioni che il Ferrini (8) crede di poter trarre in contrario dal supposto silenzio di Gaio, Inst. III, 132 segg. sulla natura della mercede nella locazione.

(8) Cfr. p. 14 segg. Anche qui a creder mio Gaio sta dal punto di vista della mercede a denaro, in quanto richiama le regole della vendita : cfr. anche gli esempi di mercede che adduce al § 143. Naturalmente poi non va trascurato quanto abbiamo osservato per Gaio, L. 25 § 6. D. *locati*, 19, 2. Per la controversia accennata in Gaio III, 144 si deve tener conto di Ulpiano in L. 1 § 9 *depositi* 16, 3, del pari esaminata sopra.

Carlo Longo,

Professore nella R. Università di Pavia.

Lex Julia de adulteriis und incestum

I

Die lex Julia de adulteriis coercendis (1), bald nach dem Jahre 18 v. Chr. erlassen, war nach Mommsen, Römisches Strafrecht S. 691 « eine der eingreifendsten und dauerndsten strafrechtlichen Neuschöpfungen, welche die Geschichte kennt ».

Der Tatbestand, dem sie hauptsächlich galt (2), ist die beiderseits freiwillige ausserehelichе Geschlechtsgemeinschaft eines Mannes und eines freien ehrbaren Weibes (materfamilias, matrona) (3), sei es verheiratet oder unverheiratet, ausser dem Concubinat mit letzterem (4). Abge-

(1) Valer. Prob. litt. sing. 3, 9, aber 3 p. D. 48, 2 ohne « coercendis ». Für diesen Zusatz Schrader ad 4 J. 4, 18 p. 757. Rein, Criminalrecht der Römer S. 839 und Mommsen, Röm. Strafrecht S. 691[1].

(2) denn es gab andere, mit obigem zusammenhängende admissa ex lege Julia venientia z. B. lenocinium : 2 § 2. 9 p. 30 § 6 i. f. D. 48, 5. 37 § 1 D. 4, 4 (si quid eorum commiserit, quae pro adulterio lex punit), vgl. Gai. III 194. Mommsen a. O. S. 700. Ferner Paul. II 21[b], 2. 1 § 1 D. 38, 11. 9 D. 24, 2.

(3) 11 p. (cf. § 2). 14 p. D. 48, 5, vgl. auch für die republikanische Zeit Liv. VIII 22, 3. X 31, 9. XX 2, 9, für die constantinische 28 C. 9, 9 (matrisfamiliae nomen). Ehebruch lässt Ulp. 14 § 2 D. 48, 5 den Ehemann auch an der unehrbaren Frau verfolgen.

(4) 35 p. D. 48, 5. 16 § 1 D. 34, 9. Wächter, Abhandl. aus d. Strafr. I 164. 165. Mommsen, R. Staatsrecht III 430[3]. Strafrecht S. 693[2]. P. Meyer, Der röm. Konkubinat §§ 7. 8. 16-22. Kübler in Savigny-Zeitschr. 17, 361. Mitteis ebenda 23, 306 fg. Wieweit nach der lex Julia der straffreie Concubinat reichte, und wieweit etwa durch die Praxis sein Bereich in der Zeit der späteren klassichen Juristen ausgedehnt war, ist nicht mit aller Sicherheit zu sagen. Jedoch kann der zu dieser Zeit in zahlreichen Inschriften öffentlich gerühmte,

kürzt bezeichnet diesen Tatbestand das Gesetz mit den Worten : ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo (13 D. 48, 5).

Die Ausdrücke adulterium und stuprum sind nicht gleichbedeutend, werden aber von der lex Julia nach der Angabe Papinians (6 § 1 eod.) promiscue et καταχρηστικώτερον gebraucht; wohl die gleiche Indifferenz berichtet Modestin in 101 § 1 D. 50, 16. Durch die erhaltenen Gesetzesworte lässt sie sich nicht bestätigen (1). Wohl aber fehlt es nicht an aussergesetzlichen Texten, in denen

1. stuprum gesagt wird, wo Ehebruch in Frage steht, z. B. 12 § 12 h. t. 18 § 1 C. 9, 9. Sueton. Tiber. 35;
2. adulterium, ohne dass Ehebruch vorliegt, z. B. 3 § 1 D. 25, 7. 7. 11 § 2. 12 § 1. 39 § 1 h. t. Coll. VI 3, 3;
3. stuprum sich auf beiderlei Delikt bezieht, z. B. 8 p. D. 4, 2. 37 § 1 D. 4, 4. 10 § 1. 11 § 1. 30 § 2, 9. 35 p. h. t. 10 C. 9, 9, besonders dort wo von aliquid pro comperto stupro accipere die Rede ist;
4. adulterium sich auf beiderlei Delikt bezieht, z. B. (2) 32 § 6 D. 4, 8. 59 § 1 D. 17, 2. 14 D. 22, 5. 28 § 16. 36. 39 § 3 D. 48, 5. 4 § 7 D. 49, 16. 22 C. 9, 9,

also dass beiden Ausdrücken auch ein *weiterer* Sinn zukommt. Überwiegend ist jedoch der *engere* Sprachgebrauch, in welchem die zwei Wörter verschiedene, wennschon verwandte Sinne ausdrücken : *adulterium* den Ehebruch, also den Fall bezeichnet, wo die Teilnehmerin des Verbrechens eine Ehefrau, Braut oder concubina eines Anderen ist (3), *stuprum* dagegen, wo sie ein Mädchen oder eine frühere

---

von jenen Juristen eingehend geregelte und wie Ehe gegen Bruch geschützte (14 p. D. 48, 5) Concubinat nicht ein strafbares stuprum gewesen sein : extra legis poenam est (3 § 1 D. 25, 7). Anders das Verhältnis eines Ehemannes zu einem ledigen Weibe : concubinam habere non potest. Paul. II 20, 1.

(1) Vgl. 13 h. t. cit. und 30 § 1 h. t.

(2) Nicht hierher gehören die Stellen, welche « lex Julia de adulteriis » sagen : mit « adulteria » können die Fälle *eines* Delikts bezeichnet sein, desjenigen, mit welchem das Gesetz sich vorzugsweise befasst.

(3) 6 § 1 h. t. (proprie adulterium in nupta committitur). — 14 § 4 eod. (incestuose oder sonst ungültige Ehe). — 14 § 3, 8 eod. (sponsa). — 14 p. eod. (concubina).

Ehefrau (Witwe oder Geschiedene) ist (1), natürlich ohne Hochzeit und maritalis affectio. Dieser engere Sprachgebrauch ergibt sich jeweilen aus dem Zusammenhang (z. B. 38 h. t.) und liegt besonders da vor, wo die zwei Wörter neben oder nicht weit von einander gebraucht werden (2).

Der weitere juristische Sprachgebrauch würde sich daraus erklären, dass der julische Text die ihm nachgesagte Indifferenz darbot, und diese könnte darauf beruhen, dass die zwei Delikte in Tatbestand und Rechtsfolgen generell übereinkamen.

Dem *Tatbestand* nach sind beide Verletzungen der *pudicitia* (3), geschlechtliche oder Sittlichkeitsverbrechen. Ein solches wird offenbar nicht begangen durch die vom Senat verbotene Eheschliessung des Vormunds oder Vormundsohnes mit der noch nicht sechsundzwanzigjährigen Mündel oder früheren Mündel ohne den Willen ihres Vaters (4).

Denn erstens beruht dies Verbot auf der ratio potentatus, oder dem Interesse, ne pupillae in re familiari circumscribantur ab his, qui rationes eis gestae tutelae reddere compelluntur. Und zweitens ist die Ehe gültig, falls der Vater sie gewollt hat (5). Wenn gleichwohl Marcian in 7 h. t. (10 institutionum) vom Manne sagt : potest *adulterii* accusari, so ist solche Möglichkeit nicht zu begreifen. Von Ehebruch kann nicht die Rede sein, aber auch nicht von stuprum, weil nicht die pudicitia verletzt wird, und überdies der

(1) 6 § 1 cit : proprie... stuprum vero in virginem viduamve committitur. 35 eod. — « Vidua » kann Jungfrau, Witwe und geschiedene Frau bedeuten : 64 D. 24, 1. 18 § 2 D. 47, 10. 16 § 8. 23 § 1. 30 § 5 h. t. 46 § 1 D. 50, 16. 242 § 3 D. 50, 17.

(2) z. B. 37 § 1 i. f. D. 4, 4. 4 p. D. 12, 5. 6 p. 9 p. 10 § 2. 13. 14 § 2, 7 i. f. 30 § 6. 39 p, § 1 h. t. 17 p, § 1 D. 48, 18. 7 C. Th. 9, 38, vgl. ferner 14 § 10 cf. 9 D. h. t. 4 J. 4, 18.

(3) 8 und 9 C. 9, 9 (a. 224) sagen « lex Julia de pudicitia ». S. ferner 12 § 12. 14 § 5 D. h. t.

(4) 15 D. 23, 1. 36. 59. 60. 62-64. 66. 67 D. 23, 2. 69 § 5 D. 23, 3. 17 p. D. 25, 2. 28 § 3 D. 28, 7. 7 D. h. t. tit. C. 5, 6.

(5) Die Uebertretung des Verbots infamiert den Vormund und dessen Sohn und wird extra ordinem an ihnen gebüsst ; in einem schweren Fall hat der Senat den Vormund relegirt.

subjektive Tatbestand fehlt, da die Absicht auf Ehe ging (1).

Die *Rechtsfolgen*, nämlich die Strafe der lex Julia anlangend, ist es die nun herrschende Ansicht, dass, wie Mommsen sagt, die Strafe im Wesentlichen gleich ist für stuprum wie für adulterium und nach dem julischen Gesetz teils in der Relegation teils in einer Vermögensstrafe besteht (2), während man früher die Relegation nur für adulterium annahm (3). Die Überlieferung ist mangelhaft, indem der grosse Digestentitel ad legem Juliam de adulteriis (48, 5) zwar mehrmals von der Bestrafung spricht, aber niemals die gemeine Strafe namhaft macht (4), und auch der entsprechende Codextitel (ad legem Juliam de adulteriis et de stupro 9, 9) die Strafe der lex Julia nicht erkennen lässt (5). Die Institutionen geben das Recht ihrer Zeit für das der lex Julia aus (Schrader p. 757/58) und beschränken die relegatio auf das von humiles begangene stuprum. Nur Paulus (r. s. II 26, 14) bezeugt, ohne der lex Julia zu erwähnen, die relegatio in insulam als Strafe des Ehebruchs (6), nicht auch des stuprums, und übergeht die Bestrafung des letzteren (7). Ist es demnach nicht direkt bezeugt, dass im julischen Gesetz adulterium und stuprum beide durch relegatio verpönt sind, so muss doch diese Gleichheit einstweilen auf Grund von Schlüssen angenommen werden (8). Namentlich könnte nicht einfach « adulterii poena » gesagt werden, wo stuprum, nicht adulterium in Frage steht (11 § 2. 12 § 1.

---

(1) 35 p. h. t. : Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa *non matrimonii* continet.

(2) Röm. Strafrecht S. 698. Hartmann in Pauly-Wissowa, Realencykl. s. v. adulterium. So schon vorher eingehend Sehling in Savigny-Zeitschr. IV 160 fg

(3) Wächter, Röm. teut. Strafr. II 553. Abhandlungen I 166. Rein, Criminalrecht S. 862. Rudorff, Röm. R. G. II 384.

(4) Keine Ausnahme bilden 12 p. 39 § 8 h. t.

(5) In 17 § 1 und 25 i. f. wird die Angabe vermieden, in 9 kann « capitalem » nicht echt sein. Esmein, Nouv. revue hist. II 31.

(6) Sueton. Aug. 65. Tiber. 50. Tac. Ann. II 50. III 24. IV 42. Sen. de benef. VI 32. Plin. Ep. VI 31, 5 können als Anwendungen gelten.

(7) Denn das in § 13 (aus Coll. 5, 2) behandelte stuprum wird, wie das Masculinum « qui » und « voluntate sua » als Gegensatz zu « invitum » in § 12 zeigen, an einem Manne verübt. Mommsen S. 704[5]. — Auch Paul. V 4, 14 gehört nicht hierher.

(8) Solche werden von Sehling a. O. angewandt.

39 § 1 h. t. Coll. VI 3, 3 i. f.), wenn das Gesetz zweierlei poena für die zwei Delikte bestimmt hätte. Diese Einheitlichkeit liess jedoch Unterschiede in der Dauer der relegatio zu.

II

Incestum oder incestus ist die Geschlechtsgemeinschaft von Personen, unter denen wegen Nähe der Cognation oder Affinität eine Ehe gewohnheitsrechtlich unstatthaft ist (1). Hierbei wird nach dem Ursprung oder der Verbreitung der die Gemeinschaft ausschliessenden Rechtsordnung der « jure gentium » begangene Incest von demjenigen unterschieden, durch welchen nur « jus nostrum » d. i. civile übertreten wird, ein Unterschied, der für die Straflosigkeit wegen Irrtums bedeutend ist. Diese Einteilung ist insofern unsicher, als Paul. 68 D. 23, 2 nur die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten dem incestum juris gentium zuweist im Gegensatz zu den verbotenen Ehen unter Collateralen und Affinen, während Pap. 5 § 1 D. 12, 7 und wohl auch 39 § 2 cf. pr. D. h. t. die Ehen unter gewissen Affinen (der linea recta) für Inceste nach jus gentium erklärt (2).

Nicht wie diese innere ist die äussere Grenze des Incests unsicher : denn nur die wegen Cognation oder Affinität unstatthafte Verbindung unterfällt dem Incestbegriff. Eine aus anderen Gründen verbotene Ehe, z. B. die des Vormunds mit der Mündel wird niemals als incestum bezeichnet. Derlei Verbote wurzeln auch nicht in den mores (3), sondern sind durch senatus consulta (oben S. 121[4]) oder leges (z. B.

(1) Dies sagt von der ehelichen d. h. mit Heiratsabsicht eingegangenen Geschlechtsgemeinschaft Paul. 39 § 1 D. 23, 2 : Si quis ex his, quas *moribus* prohibemur uxores ducere, *duxerit*, incestum dicitur committere. In solchem Fall spricht Ulp. V 7 von « incestum matrimonium ». Paul. 52 D. 23, 2 von « incestae nuptiae », ebenso Ulp. 12 p. eod. Wegen des ausserehelichen Incests s. unten Nr. III.

(2) Vgl. Wächter, Rom. teut. Strafr. II 567/68. Abhandlungen I 168. — Auffallend ist auch, dass Paul. in Coll. VI 3, 1 die Ehen zwischen Eltern und Kindern als « jure civili » unstatthaft bezeichnet, da er doch in 68 cit. solchenfalls « incestum juris gentium » annimmt.

(3) 39 § 1 D. 23, 2 cit. cf. 8 eod. : Libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest, quia hoc jus *moribus*, *non legibus* introductum est,

Julia et Papia : 44. 49 D. 23, 2) eingeführt worden (1). Bei diesen durch staatliche Satzung verbotenen ist nicht wie bei incestuosen Ehen von Verstoss wider fas die Rede (2).

In der lex Julia war der Incest nicht vorgesehen. In diesem Sinn heisst es bei Ulp. 4 D. 48, 18 : *In incesto*, ut Papinianus respondit et est rescriptum, servorum tormenta cessant, quia et *lex Julia cessat de adulteriis* : « Die Folterung von Sklaven (gegen den angeklagten Herrn) ist nicht anwendbar, weil ja auch die lex Julia (die für ihr Gebiet solche Folterung zulässt) nicht anwendbar ist ». Damit soll nicht gesagt sein, dass in Incestfällen die lex Julia niemals Platz greife (s. Nr. III), sondern nur dass die lex Julia über den Incest *nichts bestimme*, insofern auf ihn nicht anwendbar sei. Der Incest war wohl schon vor der lex Julia öffentlich strafbar. Wenn Mommsen a. O. S. 684 [2] bemerkt : « Der Incest fällt nicht unter das julische Gesetz, dessen Specialbestimmungen auf dies commune crimen keine Anwendung finden » : so darf das « commune » in « commune crimen » (8 und 40 § 7 h. t.) nicht als Gegensatz zu « *Special*bestimmungen » verstanden werden. In diesem Sinne kommt « commune » nur im Gegensatz zum Militärischen vor (3), und überdies ist nach 40 § 6 h. t. auch das adulterium der lex Julia ein commune crimen. « Commune » in dieser Verbindung bezeichnet vielmehr das Gemeinschaftliche in der Verübung, nämlich die Tatsache, dass zum incestum wie zum adulterium *zwei* Personen *zusammen*wirken müssen (4).

Das Zeugnis von 4 D. 48, 18 cit., dass die lex Julia bei Incest « cessirt », wird nicht in Frage gestellt durch die Inscriptionen von 57[a] D. 23, 2 und 8 D. 48, 5, wo Marcian

---

(1) 25 § 3 h. t. : « uxor contra leges nupta » und der Gegensatz in 14 § 4 h. t. : mulier cum qua incestum commissum est, vel ea, quae, quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest.

(2) Gai. I 59. 64 (nefariae atque incestae nuptiae). 55 p. D. 23, 2 (nefas). 1 § 3 D. 25, 7 (prope nefaria conjunctio). 5 D. 48, 18 (contra fas). Coll. VI 4. VI 5, 1.

(3) So bei delictum : 1 D. 38, 12, bei jus : Paul. III 4[a], 3. 11 p. 20 p. 25. 34 D. 29, 1 cf. 26 eod.

(4) Plin. Ep. XXXI 5 vom adulterium : crimini quod nisi duorum esse non poterat. — Sog. notwendige Teilnahme : v. Liszt, Strafrecht § 49 V.

zu Pap. lib. 2. de adulteriis ein eine incestuose Ehe betreffendes kaiserliches Rescript anführt, oder eine strafprocessuale Anmerkung macht, die auf den Unterschied von Incest und julischen Verbrechen zielt, eine Anmerkung, die er (wie 40 § 7 h. t. zeigt) dem Pap. 15. resp. entlehnt hat, wo sie der julischen Ordnung (§ 6 l. cit.) entgegengesetzt wird. Und wenn Pap. selbst in seinem lib. sing. de adulteriis (12 § 1 h. t.) einen Fall von Incest behandelt, so ist letzterer dort mit julischen Verbrechen verbunden (Nr. IV). Unter der Überschrift « de adulteriis » seines Buches kann sehr wohl von Incest die Rede sein, ohne dass die lex Julia etwas über Incest bestimmt hat (Nr. III).

Ein anderes Verhalten des Gesetzes ergibt sich auch nicht aus 14 § 1 h. t. Wenn S. Caecilius hier sagt : haec lex ad omnia matrimonia pertinet, so bedeutet dies nach dem Zusammenhang (dem Vorausgehenden und dem Nachfolgenden) nicht dass die lex Julia auch die incestuosa matrimonia erwähnt habe, sondern dass für das adulterium der lex das matrimonium nicht juris civilis zu sein braucht (1). — Auch 14 § 4 h. t. beweist nicht, dass die lex Julia über den Incest bestimmt hat. Der Jurist sagt hier, das Incestum schliesse den Ehebruch der Frau nicht aus, nur könne der Mann nicht jure *mariti* anklagen. Das incestuosum matrimonium unterfällt also so wenig dem julischen Gesetz (etwa als ein stuprum), dass es sogar gegen Bruch durch dies Gesetz *geschützt* wird.

Bedenklicher sind die Worte, welche Coll. VI 3, 3 den Paul. in den Sententiae « sub titulo de nuptiis » sagen lässt : Nec socrum nec nurum (nec) privignam nec novercam aliquando citra poenam incesti uxorem ducere licet, sicut nec amitam aut materteram. Sed qui vel cognatam contra interdictum duxerit, remisso mulieri juris errore, ipse poenam adulterii lege Julia patitur, non etiam ducta.

Danach erleidet der Mann, der verbotswidrig eine Blutsverwandte geheiratet hat, die poena adulterii nach der lex

(1) Wächter, Lehrbuch II 416. 417 und Rein, Criminalrecht S. 841. Dazu Mommsen, Strafr. S. 693[1] und Mitteis, Röm. Privatr. I 70. 71.

Julia. Wie stimmt dies zu Ulpians Ausspruch « In incesto... lex Julia cessat » ? Vielleicht ist nur der Ausdruck anstössig und wollte Paul. sagen : poenam adulterii legis Juliae (1), nämlich die Relegation. Dass das Gesetz selbst diese Strafe über den genannten Incest verhängt habe, wäre dann nicht ausgesprochen. In diesem Sinn werden die überlieferten Worte von mehreren Gelehrten hingenommen (2).

Es ist aber sehr zu bezweifeln, dass Paulus auch nur die Anwendung der Adulterienstrafe der lex Julia hier ausgesprochen habe. Wahrscheinlicher haben wir es mit einer Interpolation seines Textes zu tun, die den Schlussatz, wenn nicht auch das vorausgehende « citra poenam incesti », hinzugesetzt hat. Zur Begründung dieser Annahme ist zu sagen, dass die Bestrafung in § 1 und § 2 nicht vorkommt, wo doch auch von incestuosen Ehen die Rede ist. Der Schlussatz ferner kommt auf den vorigen zurück (amita und matertera sind ja auch cognatae), spinnt für den Incest mit der cognata nur « citra poenam incesti » aus und erklärt eigentlich zweimal die Straflosigkeit der Frau (mit « remisso mulieri juris errore » und « non etiam ducta »). Zu alle dem fällt ins Gewicht, dass Zeitgenossen des Paulus den Incest sehr nachdrücklich von der julischen Rechtsordnung fern halten : nicht blos Ulpian in der S. 124 citirten 4 D. 48, 18, sondern auch Papin., wenn nicht schon in 4 cit. (3), doch sicherlich in 39 § 3 h. t., wonach gerade beim ehelichen Incest der Mann milder als bei adulterium behandelt werden kann (4). Dass endlich Paulus selber in 68 D. 23, 2 keinen

---

(1) Wirklich bietet die Berliner Hs. nicht « lege », sondern « legis », also dass nur « Julia » in « Juliae » zu emendiren wäre.

(2) So von Wächter, Abhandlungen I 170 mit Beschränkung auf das incestum juris civilis, Rudorff, Röm. R. G. I 90. II 386. Unterholzner, Verjährungslehre II^2 425. 427 tritt in der alten Controverse, ob die Blutschande ein nach der lex Julia zu bestrafendes und daher ihrer fünfjährigen Verjährung unterworfenes Verbrechen sei, auf die verneinende Seite. « Nur das Mass der Strafe sei dem Gerichtsgebrauche gemäss aus ihr entlehnt worden ». Einen solchen Gerichtsgebrauch kann man sich schwer vorstellen.

(3) falls Papin. zum Zeugnis auch für den Grund (quia et lex Julia cessat) angerufen wird.

(4) S. auch § 4, wonach crimen incesti straflos bleibt propter aetatem, während es von adulterii crimen heisst : non excusetur aetate. Vgl. §§ 5. 6.

Bezug auf die lex Julia nimmt, ist freilich nur ein argumentum e silentio, aber im Verein mit den anderen Argumenten gewichtig. Alle zusammen dürften hinreichen, den auf Coll. VI 3, 3 geworfenen Verdacht zu begründen und damit Paul. von dem Vorwurf zu befreien, er habe Bestrafung e lege Julia ausgesprochen, wo doch weder ein adulterium, noch, da es auf *Ehe* abgesehen war, ein stuprum vorlag. Hiernach darf man daran festhalten, dass für den Incest die lex Julia nicht massgebend war (1).

III

Die Tatsache, dass die lex Julia das adulterium und das stuprum, nicht auch den Incest regelt, schliesst nicht aus, dass einer jener zwei Tatbestände auch das Merkmal des Incestes, oder dass ein Incest auch das Merkmal von adulterium oder stuprum trage. Wo sich dies verwirklicht, treffen zwei Verbrechen zusammen, welche durch die Rechtsordnung getrennt werden.

Solches Zusammentreffen ist nicht notwendig, wäre doch sonst die erwähnte Getrenntheit nicht möglich. Und sicherlich kann adulterium wie stuprum stattfinden, ohne dass die Täter mit einander verwandt sind, wie umgekehrt Incest möglich ist nicht blos ohne Ehebruch, falls die schuldige Frau ledig ist, sondern auch ohne stuprum im Sinn der lex Julia (2). Denn deren stuprum ist eine ausserehelichе Gemeinschaft, die nicht matrimonii, sondern nur consuetudinis causa eingegangen wird, ohne erlaubten Concubinat zu bilden. Wer sich in Heiratsabsicht mit einer ledigen Verwandten verbindet, die er der Verwandtschaft wegen nicht ehelichen kann, begeht kein stuprum, sondern nur Incest.

---

(1) Anders und schwankend Triebs, Studien z. lex Dei II (1907) S. 24. 102.

(2) da nämlich, wo es auf *Heirat* abgesehen ist (35 p. h. t. 5 p. i. f. D. 12, 7, somit incestae nuptiae, incestum matrimonium, oder incestum per matrimonium illicitum contractum vorliegt: S. 123[1], 39 § 3, 7 h. t.), oder auf erlaubten *Concubinat*: 56 D. 23, 2. — Wenn in 4 C. 5, 4 (a. 228) die *Heirat* des Sohnes mit der concubina des Vaters zwar nicht incestum, jedoch minus religiosa res genannt und für crimen *stupri* erklärt wird, so ist dies gegen die Definition von stuprum in 35 p. h. t. cit. Vgl. 1 § 3 D. 25, 7.

Das angegebene Zusammentreffen oder Doppelverbrechen wird von den römischen Juristen wiederholt erwähnt :

40 § 5 h. t. (Pap.) : crimen incesti conjunctum adulterio.
40 § 8 eod. (Pap.) : per adulterium incestum esse contractum.
39 p. eod. (Pap.) : Si adulterium cum incesto committatur.
39 § 1 eod. (Pap.) : stuprum in sororis filia si committatur — duplex admissum est.
5 D. 48, 18 (Marcian) : Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit — duplex crimen est, et incestum, quia cognatam violavit contrà fas et adulterium vel stuprum adjungit.

Da die Rechtsordnungen der zwei verbundenen crimina verschieden waren, und überdies das julische Delikt in adulterium und stuprum, der Incest nach jus gentium und jus civile sich sondert, so ist hier reicher Stoff für juristische Fragestellung gegeben. Am nächsten steht die Frage nach der *Strafe*. Da incesti crimina natura graviora sunt (39 § 3 h. t.) und gegen fas verstossen (S. 124[2]), so darf man erwarten, das incestuosum adulterium oder stuprum werde von schwererer Strafe betroffen sein als das einfache. Auf die Strafe bezieht sich

39 p. h. t. (Pap. 36. quaest.) : Si adulterium cum incesto committatur, ut puta cum privigna nuru noverca, mulier similiter quoque punietur : id enim remoto etiam adulterio eveniret.

Adulterium bedeutet hier Ehebruch, da von stuprum in § 1 gesprochen wird (S. 121[2]) : beidemal konkurrirt Incest, jedoch nicht von der gleichen Art (1). Mit den Worten « cum privigna nuru noverca » stellt der Jurist den Incest vom Standpunkt des *Mannes* dar. Wenn er gleichwohl erklärt *mulier* punietur, somit die Bestrafung der Frau als Folge angibt und zwar mulier *similiter quoque* punietur, so muss er die Bestrafung des Mannes entweder explicite angegeben

(1) Adulterium bei Incest des Sohnes mit der Stiefmutter auch in 34 § 1 h. t., wo aber auf den Incest nicht weiter reflektirt wird.

haben in Worten, die uns vorenthalten sind, oder, was viel wahrscheinlicher, es ist diese Bestrafung des Mannes *implicite* ausgedrückt durch das « mulier *similiter quoque* punietur » (1). Die Strafe selbst wird freilich nicht angegeben, wohl aber ein Grund der Entscheidung angeführt : id enim remoto etiam adulterio eveniret. Die Frau soll für das mit Incest verbundene adulterium ebenso büssen wie der Mann, weil solches (dies ist der Sinn des « id ») auch ohne adulterium geschehen würde. Da sie, meint der Jurist, für einen blosen Incest, wie er ihn annimmt, so strafbar wäre wie der Mann (2), so soll dem auch so sein, wenn mit Incest adulterium einhergeht. Man begreift wohl, dass die bei solchem Incest dem Manne strafrechtlich gleichgestellte Frau durch das adulterium nicht der Gleichstellung enthoben wird, da sie doch an dem hinzutretenden adulterium nicht minder schuldig ist als der Mann (3).

Wird im pr. der lex 39 des Mannes nur stillschweigend, der Frau ausdrücklich und des Strafbetrages gar nicht gedacht, so ist alles anders in § 1, der das gleichartige Doppeldelikt, nämlich *stuprum* cum incesto behandelt : Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterii poena sufficiat mari, considerandum est. Occurrit quod hic duplex admissum est, quia multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur, an contumacia juris et sanguinis contumelia concurrant.

Vom vorigen unterscheidet sich dieser Tatbestand zuvörderst dadurch, dass die wieder als Täter beteiligte Frau nicht verheiratet ist (4), somit kein Ehebruch begangen wird (si adulterium committatur — stuprum si committatur). Dies wird nicht ausgeschlossen durch die Worte « an adulterii poena sufficiat », da damit die durch die lex Julia

(1) So hat den Text der Basilica 60, 37, 39, der den Text der Dig. genau wiedergibt (καὶ ἡ γυνὴ ὁμοίως τιμωφεῖται), auch das Scholion verstanden, indem es sagt : καὶ ὁμοίως τῷ μοιχῷ γυνὴ κολάζεται.

(2) und incesti crimina nach § 3 eod. natura graviora sunt, als adulterii.

(3) Denn zwar für den Incest, wenngleich nicht den vorliegenden, können Frauen Entschuldigung finden (§ 2 i. f.), aber in *adulterio* commisso nullam habere possint excusationem (§ 4 i. f.).

(4) Die Glosse sagt irrtümlich « filiam » scil. nuptam alii.

bestimmte Hauptstrafe, die Relegation gemeint ist, welche wie für adulterium auch für stuprum gilt (S. 122) und daher adulterii poena genannt werden kann, auch wo kein Ehebruch gegeben ist.

Weiter unterscheidet sich der vorliegende Tatbestand von dem des pr. dadurch, dass dort die Frau privigna, nurus oder noverca, hier sororis filia ist. Da die Ehe mit der Schwestertochter unstatthaft ist (1), so bildet die Geschlechtsgemeinschaft mit ihr, mag sie durch Heirat begründet sein oder nicht, einen Incest (sanguinis contumelia). Demnach ist hier wie im vorigen Fall neben einem Delikt gegen die lex Julia ein Incest gegeben, wenn schon von anderer Art als der des pr. Und eben diese Zwiefältigkeit des Verbrechens gibt dem Juristen den Anlass seiner Untersuchung.

Denn der dem Tatbestand angeschlossenen Frage : an adulterii poena sufficiat mari, folgt alsbald, wie schon Cujaz bemerkt hat, die ratio dubitandi in den Worten : Occurrit (2), quod hic duplex admissum est, quia etc. Da nicht blos die lex Julia verletzt, sondern überdies ein Incest begangen worden ist, so fragt sich, ob die Strafe jener lex für den Mann ausreiche. Mit « mari » ist der Oheim gemeint und zwar als Täter. Da es sich um crimen publicum handelt, so kann nicht von Entrichtung einer Strafe *an* eine Person die Rede sein. Auch weist der Ausdruck mas (statt avunculus) auf den am geschlechtlichen Verkehr Beteiligten, die Mannsperson hin. Und endlich ist bei poenam sufficere alicui nur an ein Genügen zu *Lasten* einer Person zu denken (3).

---

(1) 57ª D. 23, 2. 5 p. D. 12, 7. 12 § 4 D. 23, 2.

(2) d. h. es tritt der Annahme der Sufficienz entgegen.

(3) wie in 1 § 7 D. 1, 12 : — tutores sive curatores, qui male in tutela sive cura versati graviore animadversione indigent, quam ut *sufficiat eis* suspectorum infamia. Cujaz (Opp. ed. Mut. IV 752) findet in der Stelle die Frage erörtet, ob poena adulterii für den Mann genügend, d. h. ob nicht auch die Frau zu bestrafen sei. Allein dies müsste anders ausgedrückt sein, etwa : an sufficiat marem adulterii poena adfici. Ferner, wenn nicht der *Grad* der Strafbarkeit des Mannes, sondern *die* Strafbarkeit der Frau neben der des Mannes in Frage gestellt wäre, so hätte es keinen Sinn zur Entscheidung auf die Schwere des Verbrechens hinzuweisen. Dieser Hinweis auf die Schwere des *Verbrechens* entspricht der Frage nach der Sufficienz der *Strafe*. Danach kann nicht nach der Sufficienz der Strafbarkeit des Mannes gefragt sein.

Seine Frage nun, ob für den Mann die adulterii poena genügend sei, wird vom Juristen verneint (1), zwar nicht ausdrücklich, aber doch stillschweigend, indem er entwickelt, dass hier und worin duplex admissum besteht. Hätte der Mann irrtümlich eine unerlaubte Ehe (mit der Nichte) geschlossen (2), so läge mehr nicht als der objektive Tatbestand des Incestes und kein stuprum vor. Im gegebenen Fall aber treffen contumacia juris und sanguinis contumelia zusammen. Den Ungehorsam gegen das Recht verwirklicht er durch das *stuprum* (36 p. h. t.) und die Beschimpfung des Blutes durch das stuprum in *sororis filiam* commissum.

Die Bestrafung der beteiligten Frau wird bei dem duplex admissum des § 1 nicht erwähnt (3), wie sie dagegen bei dem im pr. behandelten Doppeldelikt der des Mannes ausdrücklich gleich gestellt war. Damit enthält das Schweigen im vorliegenden Fall eine *Verneinung* der Gleichstellung. Und solche, bei Papinian nicht verwunderliche Prägnanz wird durch seine alsbald (§ 2) folgende Bemerkung bestätigt: Quare = demnach d. h. nach der im pr. geschehenen und eben im § 1 unterlassenen Gleichstellung der Frau mit dem Manne hinsichtlich der Bestrafung ergibt sich : *Quare* mulier tunc demum eam poenam quam mares sustinebit (4), cum incestum jure gentium prohibitum admiserit. Nam si sola juris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata. Es wird ihr die Beobachtung des jus nostrum nachgesehen (zumal es nicht *ihr* Recht zu sein braucht), weil ihr auch sonst Rechtsirrtum verziehen wird. Auf diese und die so begründete Straflosigkeit verweist Pap. in § 4 zurück (5).

---

(1) also der Mann einer härteren Strafe verfallen erklärt.

(2) was Pap. in Coll. VI 6, 1 angibt mit den Worten : qui sororis filiam uxorem duxerit per errorem.

(3) wohl aber in der Bearbeitung der Bas. 60, 37, 39 §§ 1, 2.

(4) = similiter quoque punietur (pr.).

(5) nam et mulieres in jure errantes incesti crimine non teneri *supra* dictum est. Vgl. § 7 : Incestum — excusari solet sexu —. Coll. VI 3, 3 (Paul.) : remisso mulieri juris errore. 57ª D. 23, 2 : ignara juris. Bei jus schlechthin ist nur an jus nostrum gedacht. S. auch Savigny, System III 391/92 und vgl. Mommsen, Strafrecht S. 94 ².

Im Tatbestand des pr. liegt ein incestum juris gentium vor (S. 123), in dem des § 1 ein incestum juris nostri. Da die Frau von einem solchen entschuldigt wird, so gilt *nicht* von ihr was von der Frau im ersteren Fall gilt : eam poenam quam mares, sustinebit. Demgemäss wird sie nicht für den Incest, sondern nur für das stuprum gestraft, so dass für *sie* adulterii poena sufficit. Und dies führt wieder zu dem Schlusse, der schon vorhin aus § 1 gezogen wurde, dass der Jurist die Frage : an adulterii poena sufficiat mari, *verneint*, dass somit der Mann wie für das stuprum, so auch für das incestum zu büssen hat. Mit diesem Gedankengang steht endlich auch im Einklang der in § 3 folgende Hinweis, dass mitunter auch beim Manne incesti crimina milder behandelt werden (1).

Hiernach lassen sich die Vorschläge zur Änderung des Textes von § 1 beurteilen, die von Mommsen in seinen Digestenausgaben gemacht worden sind : an die Stelle des überlieferten « mari » soll « mulieri » gesetzt und am Schluss hinzugefügt werden : « at magis putamus hic quoque mulieri juris errorem prodesse debere » oder ähnlich. Indessen sind diese Änderungen vorab überflüssig, da der überlieferte Text an Klarheit und Folgerichtigkeit nichts zu wünschen übrig lässt. Dass Papinian seine Frage nach der Sufficienz der Adulterienstrafe für den Mann nicht direkt verneint, sondern indirekt, nämlich durch Anführung des Grundes der Unzulänglichkeit jener Strafe und durch den Hinweis auf die danach bestehende Abweichung in Behandlung der Frau (§ 2), nämlich Gleichstellung mit dem Manne beim Incest des pr. und Entschuldigung für den Incest des § 1 : solche mittelbare Beantwortung der Frage ist Papinian völlig angemessen (2).

---

(1) Nur dass beim Manne die Milderung der Strafe nicht mit dem Unterschied von incestum juris gentium und juris nostri zusammenhängt, sondern durch andere Tatsachen bestimmt (§ 3 — § 7) und auf den ehelichen Incest beschränkt wird.

(2) Gegenüber § 3 bricht Papinians grösster Interpret in die Worte aus, die nicht blos dort zutreffen : hic auctor noster vix solet unquam quicquam proferre, quod non sit singulare et praeclarum.

Sodann wird die Überlieferung « mari » durch keine bolognesser Handschrift zweifelhaft gemacht und obendrein durch ein Basilikenscholion verbürgt (1). Hätte Papinian « mulieri » geschrieben, also die Strafe der Frau als Täterin in Frage gestellt, dann würde er auch den Tatbestand vom Standpunkt der Frau angegeben haben. Mit den Worten « stuprum in *sororis* filiam si committatur » stellt er ihn vom Standpunkt des Mannes dar (2), und fragt daher « an adulterii poena sufficiat *mari* » (3). Erst wenn man das « mari » mit « mulieri » vertauscht, somit die Frage noch der Bestrafung der *Frau* stellen lässt, ergibt sich das Bedürfnis eine ausdrücklich auf die Frau gerichtete Antwort zuzusetzen. So zieht Mommsens « mulieri » seinen Zusatz « at magis putamus etc. » nach sich. Und während Papinian durch sein « occurrit, quod — concurrant » deutlich durchblicken lässt, dass ihm adulterii poena *nicht* genug ist, sieht sich Mommsen genötigt seinen Zusatz zum Gegensatz zu machen, nämlich mit « *at magis* putamus etc. » eine Entscheidung zu treffen, die der papinianischen Neigung zum *non* sufficere entgegengesetzt ist. Und schliesslich ist jener Zusatz, indem er verlangt, dass der Frau der Rechtsirrtum nütze, auch gegenüber dem sich anschliessenden § 2 verwerflich. Denn *hier* steht ja als *Ergebnis* der *zwei* vorangehenden Paragraphen, dass die Frau zwar für incestum juris gentium verantwortlich, dagegen wegen desjenigen Incestes entschuldigt ist, den sie aus Unkenntnis des jus nostrum begangen hat. Hiernach darf man wohl sagen, dass durch die Annahme von Mommsens Vorschlägen der Aufbau von 39 p. bis § 2

(1) εἰ ἀρκεῖ ἡ τοῦ μοιχοῦ τιμωρία κατὰ τοῦ ἀνδρός (Παλαίος bei Heimbach V 738 Nr. 2), worauf Mommsen in seiner grösseren Digestenausgabe hingewiesen hat.

(2) Wie Paul. in Coll. VI 3, 4 : nec filiam *sororis* aut neptem uxorem ducere possumus und 39 p. D. 23, 2 sowie Ulp. V 6 und 56 D. 23, 2. Den entgegengesetzten Standpunkt bieten 5 p. D. 12, 7 (Pap.) : *Avunculo* nuptura pecuniam in dotem dedit —. 57ª D. 23, 2 (Marcus et Lucius imperatores) : in matrimonio *avunculi* tui fuisti.

(3) Im pr. wird nach Schilderung des Verbrechens vom Standpunkt des Mannes (privigna, nuru, noverca) die Bestrafung der Frau durch « similiter quoque » mit der zunächst *gedachten* Bestrafung des Mannes in Bezug gesetzt (S. 128 fg.).

nicht verbessert — wofür auch kein Bedürfnis — sondern entstellt werden würde.

Die Exegese dieser Stellen lehrt: Bei Konkurrenz von adulterium oder stuprum mit Incest werden nach Gestalt des Incestes entweder Mann *und* Frau *gleich* gestraft und zwar *härter* im Fall von incestum juris gentium, oder *ungleich* und zwar nur der Mann *härter*, nicht auch die Frau im Fall von incestum juris civilis, so dass hier die Konkurrenz blos für den Mann eine Straffolge hat. Die Strafsteigerung im ersten Fall ergibt sich daraus, dass ja schon im zweiten Fall (des leichteren Incestes) die Adulterienstrafe für den Mann nicht ausreicht. Vorstehende Ordnung muss auch dann gelten, wenn nicht adulterium (wie in pr.), sondern stuprum mit dem *schwereren* Incest, und wenn adulterium und nicht stuprum (wie in § 1) mit dem *leichteren* Incest zusammentrifft.

IV

Bei alle dem erfahren wir von Papinian 39 p. bis § 2 h. t. nicht, worin die durch die Konkurrenz bewirkte Steigerung der Strafe (1) bestanden hat. Um diese Auskunft sind daher die übrigen von der Konkurrenz handelnden Stellen anzugehen. Über die Bestrafung äussert sich bei einem dem Fall der l. 39 § 1 cit. ähnlichen wieder Pap. in 12 § 1 h. t. (lib. sing. de adulteriis): Militem, qui sororis filiam in contubernio habuit, licet non in matrimonium, adulterii poena teneri rectius dicetur.

Die Geschlechtsgemeinschaft findet hier wie in 39 § 1 cit. zwischen Oheim und Nichte statt, bildet somit wieder ein incestum nach jus nostrum. Sonst unterscheidet sich die Angabe des Tatbestandes dadurch, dass der Täter als miles und die Gemeinschaft als contubernium bezeichnet wird.

Den Soldaten und zwar den milites gregales oder milites schlechthin war seit Anfang der Kaiserzeit die Ehe verbo-

(1) cumulare poenam: 4 i. f. D. 48, 19,

ten (1), während sie der militia equestris, deren Angehörige von senatorischem oder ritterlichem Stande waren (2), erlaubt blieb. Ob jenes Verbot von Septimius Severus aufgehoben wurde, ist strittig, und ob unsere Stelle nach der etwaigen Aufhebung geschrieben wurde, steht dahin. Wo in den juristischen Quellen dieser Zeit Soldatenehen vorkommen, können schon vor Severus erlaubte gemeint sein (3) : so in der unserer Stelle in den Dig. vorausgehenden. In unserer ist mangels Indizien unter « miles » der gemeine Soldat zu verstehen. Solcher darf keine Ehe eingehen, um so mehr ist ihm der Konkubinat erlaubt, also dass mit diesem kein stuprum begangen wird. In unserem Falle hat sich der miles zwar nicht zur Ehe verbunden, also dass nicht das militärische Eheverbot übertreten wird (4). Sondern er ist mit der Schwestertochter ein Konkubinat eingegangen oder weniger (5). Da nämlich diese Verbindung wegen der Cognation unstatthaft ist, so ist kein erlaubter, sondern ein unerlaubter Konkubinat und damit ein stuprum gegeben, das zugleich ein Incest ist (cf. 56 D. 23, 3). Und wie steht es um die Bestrafung ?

Der Strafbarkeit der Frau wird nicht gedacht, und ihr Incest bleibt nach 39 § 1, 2 h. t. straflos (S. 131 fg.). Für den

---

(1) Wegen dieses Verbots und seiner Geltungsbereiche s. Mitteis, Papyruskunde II 18. 281 fg. und dort angeführte Literatur.

(2) Vgl. Mommsen, R. Staatsrecht III 542.

(3) Meyer, Konkubinat S. 102. Mitteis a. O. S. 283[3].

(4) Dies könnte der Sinn sein der Worte « licet non in matrimonium ». Eher bilden sie ein Glossem, das den sonst für ein Verhältnis von Sklaven (unter sich oder zu Freien) gebrauchten Ausdruck contubernium erklären sollte. Aus der nachträglichen Beifügung ergab sich in der Folge die Verstümmlung « licet » aus « scilicet » und der Fehler « matrimonium » statt « matrimonio » neben « contubernio ». Für die Korrektur in « scilicet » schon Cujaz, Opp. IV 1578/79.

(5) In der Stelle heisst das Verhältnis « contubernium », Mommsen, Strafrecht S. 687[1] bezeichnet es als Concubinat. Cujaz hält contubernium für weniger ehrbar als concubinatus. Es war ein Concubinat, aber aus dem obigen Grunde kein rechter, daher wohl nicht so, sondern contubernium genannt, wie Pap. 14 D. 34, 9 : mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis fuit, weil die concubina eine stupro cognita mulier war, von « contubernium » spricht. Stupro cognosci, den anderen Juristen fremd, wird bei Diocl. 22 C. 9, 9 angetroffen,

Mann und Oheim hat Pap. in 39 § 1 bei stuprum mit Incest die adulterii poena indirekt für nicht ausreichend erklärt und eine schwerere Strafe befürwortet. Wenn er hier dagegen sagt: adulterii poena teneri rectius dicetur, so ist damit die *höhere* Strafe abgewehrt, oder gar die Straflosigkeit zurückgewiesen, für die sich vielleicht ein Anderer ausgesprochen hatte. Wie erklärt sich nun seine eigene Entscheidung? Wenn es Pap. bei der adulterii poena (für das stuprum) bewenden liess, so wollte er das incestum straflos hingehen lassen, weil der Mann ein *miles* war. Wie in 12 p. h. t. der miles als solcher schwerer gestraft wird (1), so beruht in 12 § 1 cit. die Erleichterung, nämlich die Straflosigkeit des Incests darauf, dass dem miles die ignorantia juris zur Entschuldigung gereicht (9 § 1 D. 22, 6. 5 C. 9, 23, cf. Gai. II 109) (2).

Hiernach bietet Pap. in 12 § 1 h. t. zwar einen Fall, in dem stuprum mit Incest zusammentrifft, aber einen, bei dem nur die auf das erstere Delikt gesetzte poena adulterii über den Täter verhängt wird (3). Da diesem wegen Unkenntnis der Rechtswidrigkeit die Verantwortlichkeit für den Incest erlassen wird, so gibt die Stelle keine Auskunft über Art und Grösse der Strafe, die sonst an jene Verbrechenskonkurrenz geknüpft ist. Mehr Aufschluss ist von Paul. II 26, 15 zu erlangen:

Incesti poenam, quae in viro in insulam deportatio est, mulieri placuit remitti: hactenus tamen, quatenus lege Julia de adulteriis non adprehenditur.

Indem eingangs als Inceststrafe des Mannes schlechthin die Deportation angegeben ist, scheint es auf den Unterschied der Incestarten nicht anzukommen und an eine Ver-

---

(1) wegen pactum cum adultero uxoris suae, einer Art von lenocinium, nämlich mit Deportation statt Relegation, cf. 2 § 2. 15 p. h. t. Hier steht nicht Rechtskenntnis, sondern Ehrgefühl in Frage. Esmein, Nouv. Rev. hist. II 32[1].

(2) In 39 § 3 h. t. wie in dem ganzen Traktat hat Pap. nur Civilisten im Auge, nicht auch Soldaten.

(3) Wenn Mommsen, Strafrecht S. 682[1] die Benennung der blos staatlichen Eheverbote als adulterium für recht irreführend erklärt und dabei auf 12 § 1 cit. verweist, so scheint mir das nach Obigem von Pap. nicht zu gelten; wegen der ferner angeführten l. 7 h. t. s. oben S. 121/122.

brechenskonkurrenz nicht gedacht zu sein. Allein es wird alsbald hinzugefügt, dass der Frau, der Teilnehmerin am Inceste, diese Strafe erlassen werde, wonach Ungleichheit in der Behandlung der zwei Täter gilt. Soll nun an der Eintracht von Paulus und Papinian festgehalten werden, so muss man annehmen, dass jene Ungleichheit nur für das incestum juris civilis gilt, indem nur « si sola juris nostri observatio interveniet (39 § 2 h. t. S. 16), mulier ab incesti crimine erit excusata », was bedeutet, dass sie nicht blos von der Deportation, sondern von jeder Inceststrafe verschont wird. Jener Eintracht wegen ist anzunehmen, dass Paul., obwohl er sich nicht einschränkt, bei der Straffreiheit der Frau nur eine *Art* von Incest gemeint hat.

Ein Konkurrenzfall scheint bei alledem noch nicht gegeben zu sein. Der Hinweis auf solchen ist erst dem zweiten Satze zu entnehmen. Das « hactenus tamen » bedeutet sicherlich eine Einschränkung der vorher statuirten Freiheit von Inceststrafe, nicht blos von der Strafe der Deportation. Denn dass etwa eine *andere* Inceststrafe vorbehalten werde, ist mit der von Papin. ausgesprochenen Excusation ab incesti *crimine* nicht vereinbar ; und noch weniger kann mit den Worten « hactenus tamen etc. » ein Vorbehalt für das incestum juris gentium ausgedrückt sein. Danach kann Paul. nur gesagt haben, die Straffreiheit der Frau greife jedoch nur Platz, wenn und soweit als die Frau nicht von der lex Julia de adulteriis erfasst werde. Ein solcher Vorbehalt ist zwar logisch nicht einwandfrei : denn da die lex Julia nicht den Incest bestraft, so kann durch sie nur die Straffreiheit überhaupt, nicht die vorher statuirte Freiheit von Inceststrafe verhindert werden. Immerhin durfte Paul. sagen : die Frau geht bei incestum (juris civilis) frei aus von Strafe, sofern sie nicht von der lex Julia erfasst wird. Um von dieser erfasst zu werden, muss sie adulterium oder stuprum begangen haben. Und solches Verbrechen hat Paul. als mit dem incestum in idealer Konkurrenz gedacht (1), andernfalls wäre es ungereimt gewe-

(1) zumal der eheliche Incest naturgemäss seltener ist.

sen, eine Beschränkung der Straffreiheit zur Sprache zu bringen. Dass in solcher Konkurrenz die Frau adulterium oder stuprum begehen kann und dann, trotz Straflosigkeit wegen Incests, der Strafe der lex Julia unterliegt, hat sich bei Besprechung von 39 § 1 h. t. und Nr. III a. E. gezeigt. Nun kann aber die Frau den mit einem Verstoss gegen die lex Julia verbundenen Incest nicht begehen, ohne dass auch der Mann sich des adulterium oder stuprum schuldig macht. Die Strafbarkeit des *Mannes* wegen der Verbrechenskonkurrenz muss daher Paul., als er die Straflosigkeit der Frau wegen Incests durch den Hinweis auf etwaige Straffälligkeit wegen adulterium oder stuprum einschränkte, *vorgeschwebt* haben. Dass der Mann bei solcher Konkurrenz nicht mit der Strafe der lex Julia durchkommt, haben wir oben bei 39 p. § 1 h. t. gesehen. Und die Strafe der Deportation auf eine Insel, die ihm hier wegen Incestes auferlegt wird, ist in der Tat viel schwerer (1).

Obwohl daher der erste Satz unserer Stelle für sich genommen über den Mann die Strafe der Deportation schon allein wegen Incestes zu verhängen scheint, so ergibt doch das jenem Satz Folgende, nämlich der bei der Excusation der Frau gemachte Vorbehalt sowie die Erinnerung an 39 p. § 1 citt., dass Paul. auch beim Manne einen Konkurrenzfall im Auge hatte (2). Das würde nicht blos Ergebnis einer Schlussfolgerung, sondern wohl unmittelbar ersichtlich sein, wenn wir den vollständigen Text des Paulus besässen, und stimmt mit der Tatsache überein, dass das unserer Stelle Vorangehende oder Nachfolgende nicht von Incest, sondern von adulterium gehandelt zu haben scheint.

Vollends bestätigt wird die Annahme, dass Deportation nicht Strafe des blosen oder ehelichen Incestes, sondern der

(1) 14 § 1 D. 48. 22 (nach den Bas.) : Et multum interest inter relegationem et deportationem; nam deportatio et civitatem et bona adimit, relegatio utrumque conservat, nisi bona publicentur. Zur Unterscheidung s. Mommsen Strafrecht S. 964 fg. 974 fg.

(2) So schon Unterholzner, Verjährungslehre II² 427 A. 855 : « Dabei (sc. Strafe der Deportation) wird aber vorausgesetzt, dass die Blutschande zugleich mit einer Entehrung (adulterium oder stuprum) verbunden ist ». Rein, Criminalrecht S. 873 Nr. 2. Walter, Gesch. d. röm. R. II³ 469 A. 142. 143.

Verbindung von Incest und adulterium oder stuprum gewesen sei, durch 5 D. 48, 18 (Marcian, 2 inst.) : Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est, *quia duplex crimen est*, et incestum, quia cognatam violavit contra fas, et adulterium vel stuprum adjungit.

Denn hier wird ausgesprochen, dass Deportation die Strafe für das *Doppel*verbrechen ist, daher sie nicht Strafe des blosen Incestes sein kann (1). Der selbständige oder einfache d. h. nicht mit adulterium oder stuprum verbundene Incest, das incestum per *matrimonium* contractum, kann nicht so leicht vorkommen, da die die Eheschliessung meist begleitenden Hochzeitsbräuche und- feste jener Tat hinderlich waren (2). So mag sich erklären, dass von Art und Umfang der Strafe solchen Incestes in den Rechtsquellen der klassischen Zeit fast nicht (3), um so mehr von Ausschluss der Bestrafung die Rede ist (4). Der Unterschied von inc. juris gentium und juris civilis spielt hier insofern eine Rolle, als der erstere naturgemäss von grösster Seltenheit ist (5). Für den letzteren fällt ins Gewicht, ob die Tat palam oder clam begangen wurde, indem Heimlichkeit die Strafe erhöht, vielmehr die Herabsetzung der Strafe hindert (68 D. 23, 2). Den Männern wie den Frauen gewährt der Irrtum Erleichterung oder Entschuldigung, ebenso die willentliche Auflösung der Verbindung, nachdem man ihrer Unzulässigkeit inne geworden (6).

---

(1) wie Mommsen, Strafrecht S. 688[4] anzunehmen scheint : « regelmässig aber wird der Incest mit Deportation bestraft », unter Berufung auf Paul. II 26, 15 und Marcian 5 D. 48, 18 cit., wo Doppeldelikt vorliegt, und Pap. 12 p., wo kein Incest vorliegt (während in § 1 zwar Incest, aber nur adulterii poena d. i. Relegation stattfindet : S. 135, 136). Vgl. Wächter, Röm. teut. Strafrecht II § 237 A. 80.

(2) Wegen dieser Bräuche und Feste s. z. B. Friedländer, Sittengeschichte Roms I[8] 472 fg. Voigt, XII T. II 688 fg. Blümner R. Privataltertümer S. 349 fg.

(3) Eigentlich nur in Coll. VI 3, 3, die aber sehr verdächtig ist : S. 125-127.

(4) Mommsen, Strafrecht S. 687[4] : « Die Vollziehung der Handlung in Form der Ehe legt den guten Glauben nahe ».

(5) Der Incest von socrus und gener in 45 h. t. darf mit Sicherheit für incestum *stupro* conjunctum angesehen werden.

(6) 57[a], 68 D. 23, 2. 39 § 2-7 D. h. t. Vgl. Diocl. et Maxim. in Coll. VI 5, 1,

V.

Das Zusammentreffen von Incest mit julischem Verbrechen hat nicht blos die materiellrechtliche Folge, die in Erhöhung der Strafe besteht, sondern führt auch zu Besonderheiten im Felde der Strafverfolgung, die zum Teil die Natur jenes Zusammentreffens beleuchten.

1. Incest und julisches Verbrechen sind ursprünglich processual insofern getrennt, als in Rom oder auch in Italien Ehebruch und stuprum vor einen besonderen, praetorisch geleiteten Gerichtshof, die quaestio de adulteriis, gehören (1). « Die Zusammenfassung ungleichartiger d. h. nicht unter dasselbe delictische Gesetz fallender Verbrechen ist im Quästionenprocess schlechthin ausgeschlossen, da jede Quästion nur auf Grund ihres Specialgesetzes erkennt » (2). Allein für Incest gab es nicht eine besondere Quästion. Da ferner das julische Delikt, wenn es mit Incest verbunden war, einer höheren Strafe, der Deportation, verfiel, indem diese dann auch für den Incest bestimmt war, so ist kaum zu bezweifeln, dass in der quaestio de adulteriis auch über den konkurrirenden Incest verhandelt und geurteilt werden konnte, mit dem Erfolg jener Straferhöhung. Umgekehrt werden wohl des Incestes Angeklagte, deren Beziehung adulterium oder stuprum war, mittelst praescriptio auf Verfolgung in der quaestio de adulteriis haben dringen können.

2. Jedes Verbrechen gegen die lex Julia unterliegt der praescriptio quinque annorum (3). Dagegen der mit einem solchen Verbrechen konkurrirende, von dessen Urhebern begangene Incest unterliegt dieser Verjährung nicht : Praescriptione quinque annorum crimen incesti *conjunctum*

---

(1) Mommsen, Strafrecht S. 696.

(2) Mommsen, a. O. S. 204 [2]. 380. Zum oben Folgenden vgl. S. 688.

(3) 30 § 6 h. t. : — et melius est dicere omnibus admissis ex lege Julia venientibus quinquennium esse praestitutum. 12 § 4 eod. 5. 27 C. 9, 9. Mommsen, Strafrecht S. 698. Wächter, Abhandlungen I 114, 115, 169/70. Unterholzner, Verjährungslehre II [2] 424 fg.

adulterio non excluditur (1). Das bedeutet, dass das mit adulterium (und wohl auch stuprum) verbundene crimen incesti trotz der fünf Jahre verfolgbar bleibt, somit der poena deportationis in insulam unterliegen kann, die auf Konkurrenz steht. Der uneheliche Incest ist eben ohne dass das damit begangene adulterium oder stuprum processual beigezogen wird, nicht verfolgbar, wie er auch keine eigene Strafe hat. Er bildet eine Species, eine Qualification, eine Erschwerung von adulterium oder stuprum. Diese können vermöge mit ihnen verbundenen Incests auch nach fünf Jahren verfolgt werden (2).

3. Wegen adulterium können nicht beide Schuldige von einem Ankläger gleichzeitig belangt werden (3); eine solche durch die lex Julia verbotene Belangung ist gänzlich ungültig, erst nach Beendigung des einen kann der andere Process begonnen werden (4). Hingegen ist Gleichzeitigkeit der Belangung zulässig bei Incest (5). Aus dem unter Nr. 2 angegebenen Grunde, dass der uneheliche Incest nicht ohne Beizug von stuprum oder adulterium zu verfolgen ist, wird man annehmen müssen, dass die Anklage wegen solchen *Incestes* gegen beide Teilnehmer auch bei Ehebruch gleichzeitig erhoben werden konnte (6). Dagegen muss Gleich-

(1) 40 § 5 h. t. Mommsen a. O. S. 489 (wo 40, 5 statt 39, 6 zu lesen ist). Unterholzner a. O. 427/28 gibt den Grund an : « weil sonst ein Umstand, der die Strafbarkeit erhöht, eine Begünstigung zur Folge haben würde ».

(2) Sagt Mommsen, Strafrecht S. 489[1] : « Bei Cumulirung desselben (des Ehebruchs) mit dem Incest bleibt nach Ablauf der fünfjährigen Frist die letztere Klage bestehen » — so kann dieser Ausdruck irre führen, da « die letztere Klage » auch den Ehebruch trifft.

(3) Esmein, Nouv. Revue hist. II 412 : On craignait peut-être que les efforts réunis des deux principaux coupables ne réussissent à attendrir ou à corrompre les juges. Mommsen, Strafrecht S. 380. 697 : « um die Anklage zunächst gegen den sittlich Hauptschuldigen zu lenken. Die Namhaftmachung des Ehebrechers bei der Klage gegen die Frau ist nicht rechtlich erforderlich (Quintilian inst. 7, 2, 52) ». Gegen Letzteres 3 p. D. 48, 2.

(4) 16 § 9. 18 § 6. 32. 33 § 1. 40 § 6 D. h. t. (cf. 1 § 10 D. 48, 16). 8 C. 9, 9 (a. 224) : Reos adulterii duos simul marem et feminam ex eadem causa fieri lex Julia de pudicitia vetat : sed ordine peragi utrosque licet. Wegen dieses ordo s. Wächter, Abhandlungen I 112-14.

(5) 8. 40 § 7 h. t. : Incesti commune crimen adversus duos simul intentari potest.

(6) Dafür Cuiac. Obs. XX 17 : quod sumere semper oporteat id quod in altero e duobus criminibus durius jura constituerunt.

zeitigkeit der Anklagen wegen *Ehebruchs* trotz der Konkurrenz von Incest unzulässig gewesen sein.

4. Beim Incest wird an der alten Regel festgehalten (1), dass die Sklaven des Beschuldigten nicht gegen ihren Herrn gefoltert werden dürfen (2) ; hingegen ist dies nach der lex Julia und ihrer späteren Anwendung wider die Regel statthaft zwar nicht bei stuprum (17 § 1 D. 48, 18), wohl aber bei adulterium (3). Das Gleiche spricht für den Fall des Zusammentreffens von Incest und julischem Verbrechen Marcian aus in 5 D. 48, 18 (S. 128, 139) mit den Worten : Denique hoc casu servi in personam domini torquentur. Etwas enger begrenzt diese Anwendung 40 § 8 h. t. (Pap. 15 resp.) : De servis quaestionem in dominos *incesti postulatos* ita demum habendam respondi, si per *adulterium* incestum esse contractum dicatur. Bei solchem Zusammentreffen überwiegt somit die Besonderheit des julischen Deliktes, und der Konkurrenzfall wird als qualifizirtes adulterium behandelt, was man auch mit Bezug auf seine materielle Rechtsfolge, die Strafe, sagen kann (Nr. IV). —

Die Verbindung von adulterium oder stuprum mit Incest führt, wie wir gesehen haben, zu Erhöhung der Strafe, schliesst die Verfolgung in der quaestio de adulteriis nicht aus, benimmt dem julischen Verbrechen den Vorteil der fünfjährigen Verjährung und entzieht, falls wegen Incests geklagt wird, das Recht auf successive Verfolgung wie auf Ausschluss der Sklavenfolterung. Wohl sind noch andere Rechtswirkungen jener Konkurrenz denkbar. So könnte wie für adulterium und stuprum auch für das lenocinium der lex Julia (S. 119[2]) bei hinzutretendem Incest die Strafe erhöht worden sein; es könnten das zweimonatige Anklagevorrecht des Ehemannes und des Vaters (15 § 2 h. t.) und das Recht der

---

(1) Tac. Ann. II 30 : vetere senatusconsulto quaestio in caput domini prohibebatur. Mommsen a. O. S. 414 fg.

(2) 4 D. 48, 18 (S. 6). Dazu Unterholzner, Verjährungslehre II[2] 426 A. 853 und dort Citirte.

(3) Coll. IV 11, 1. 12, 8. 28 § 6 sqq. D. 48, 5. 6 p. 8 § 1. 17 p. D. 48, 18. 3. 6 § 1. 31. 35 p. C. 9, 9. 1 p. C. 9, 41. Rudorff. R. R. G. I 88[16]. II 382[14]. Zur Begründung s. Esmein, Nouv. Revue hist. II 419 ss.

ante denuntiationem wieder verheirateten Ehebrecherin, erst *nach* dem Mitschuldigen verklagt und durch dessen Freisprechung selbst frei zu werden (2 p. 12 § 11. 16 § 8. 18 p. § 1, 6. 20 § 2, 3. 40 § 3 h. t.) — diese Rechtsvorteile könnten bei Incest weggefallen sein; und während accusatio adulterii unstatthaft ist, so lange die Ehebrecherin in der gebrochenen Ehe behalten wird (12 § 10. 27 p. h. t.) (1), könnte gleichwohl accusatio incesti zulässig gewesen sein. Indessen liegt dies und dergleichen auf dem Gebiet der reinen Vermutung.

---

(1) Im Gegensatz zu *Pap.* 12 § 10 cit. (nec adulterum interim accusari posse) sagt Mommsen, Strafrecht S. 697[3] (wie die Älteren), *Pap.* 40 § 1 h. t. gestatte dem Dritten « die Anklage des Ehebrechers auch bei bestehender Ehe ». Allein dieser Widerspruch existirt nicht, da « nupta muliere » in 40 § 1 cit. (anders als constante, durante oder in matrimonio : 12 § 10. 27 p. 40 § 2 h. t.) die *wieder*verheiratete Frau bezeichnet (2 p. 5. 12 § 11. 18 § 1, 2, 6. 20 § 2, 3. 30 § 5. 40 § 3. 41 p. h. t.). Im Fall solcher Wiederverheiratung soll der Dritte den Ehebrecher anklagen dürfen, wenngleich der (frühere) Ehemann nicht zuerst wegen lenocinium (Förderung oder Ausbeutung des Ehebruchs : 2 § 2. 9 p. 30 § 2-4 h. t.) belangt worden ist; vgl. 27 p. i. f. h. t. Esmein in Nouv. Revue hist. II 409/410, mit diesem Ergebnis einverstanden begründet es unrichtig durch den Hinweis auf « prior » in 40 § 1 cit., das nicht auf die Reihe der Ehemänner, sondern (wie in 18 § 6 h. t.) der Anklagen geht. Triebs a. a. O. S. 40/41 meint, es werde in 40 § 1 gefragt, ob zuerst gegen den zweiten Mann wegen Kuppelei vorzugehen sei.

Ph. Lotmar,
Professor an der Universität Bern.

Sopra alcuni casi di revoca dei fedecommessi

Un testamento *iniustum*, in cui non sia più menzione del fedecommesso disposto nel precedente testamento valido, ha l'efficacia di revocare tale liberalità? Ed ha questa efficacia un testamento *iniustum*, in cui sia mutato l'obbietto del fedecommesso? Non scelgo ad arte i due casi. Essi si trovano discussi insieme nel fr. 18 de leg. III:

Pomponius *libro primo fideicommissorum* Si iure testamento facto fideicommissum tibi reliquero, deinde postea aliud fecero non iure, in quo fideicommissum relictum tibi vel aliud quam quod priore testamento vel omnino non sit relictum, videndum est, mens mea haec fuerit facientis postea testamentum, ut nolim ratum tibi sit priore testamento relictum, quia nuda voluntate fideicommissa infirmarentur. Sed vix id optinere potest, fortassis ideo, quod ita demum a priore testamento velim recedi, si posterius valiturum sit et nunc ex posteriore testamento fideicommissum ei non debetur, etiamsi idem heredes utroque testamento instituti ex priore exstiterunt.

Si tratta di una legge quasi trascurata dalla dommatica e dalla critica, e tuttavia non priva d'importanza. Il Mommsen propone di cancellare in essa il secondo « relictum » e di correggere verso la fine l' « ei » in « tibi ». Ma queste emendazioni, pur essendo probabili dal punto di vista della critica delle Pandette, risultano insufficienti a rendere il testo pomponiano. Nel quale non poteva affatto intercedere fra la prima e la seconda parte il rapporto ora stabilito dalle parole « sed vix id optinere potest, fortassis ». Ed invero l'ultimo

tratto « et nunc ex posteriore testamento fideicommissum *tibi* non debetur, etiamsi idem heredes utroque testamento instituti ex priore exstiterunt » non conviene che ad una delle questioni esaminate: per la ipotesi, che il secondo testamento *iniustum* taccia del fedecommesso già disposto nel testamento valido, è priva d' importanza; ha valore soltanto riguardo all' altro caso, che nel posteriore testamento *non iure factum* sia mutato l'obbietto della liberalità. Tende, cioè, a chiarir meglio, che questo secondo fedecommesso è invalido, non potendo il testamento, in cui venne disposto, salvarsi neppure come codicillo. Ora tale mancanza di rispondenza fra le due parti del testo non autorizza appunto a negare, che i compilatori abbiano riferito in modo genuino il pensiero di Pomponio?

E v' ha di più. La frase « sed vix id optinere potest » ricorda la famosa chiusa « sed vix est, ut id optineat » del fr. 7 § 5 de adq. rer. dom. 41, 1 (1). Segue un « fortassis » non meno sospetto. Il Pernice (2) reputa interpolata questa parola nel fr. 12 § 2 de publ. 39, 4, ma di contrario avviso si dichiara il Kalb (3), che la stima propria del linguaggio ulpianeo ed estranea a Giustiniano. Tuttavia lo Scialoja (4) non dubita di ascriverla ai compilatori nel fr. 47 § 3 de leg. I, osservando che non si può negare un' interpolazione solo perchè la forma non risulta tribonianea. Se è certo intanto, che Giustiniano non usa mai il « fortassis » nelle sue costituzioni (5) e che Ulpiano ebbe invece ad adoperarlo (6), troppo affrettato apparisce il giudizio sulla costante genuinità di quella voce. Oltre che nel passo in esame e nei luoghi attribuiti ad Ulpiano, essa si ritrova nel fr. 3 de litig. 44, 6 di Gaio, nel fr. 5 pr. de cond. s. c. 12, 7 di Papiniano e nel

(1) V. Riccobono, *Nota sulla dottrina romana dell' alveo abbandonato*, negli *Studi giuridici dedicati e offerti a F. Schupfer*, *Diritto romano*, p. 218 sgg.; Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, 4ª ediz., p. 234, n. 1.

(2) *Labeo*, II, 1, 2ª ediz., p. 375 in nota; 479, n. 1.

(3) *Die Iagd nach Interpolationen*, p. 21; v. anche *Roms Juristen*, p. 131.

(4) *Tribonianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche*, nel *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, vol. XI (1889), p. 66.

(5) Come si rileva dal *Vocabolario delle costituzioni latine* di C. Longo.

(6) V. Coll. 12, 7, 8.

fr. 17 § 3 commod. 13, 6 di Paolo. Dice la prima di queste leggi :

Rem de qua controversia est prohibemur in sacrum dedicare : alioquin dupli poenam patimur, nec immerito, ne liceat eo modo duriorem adversarii condicionem facere, sed duplum utrum fisco an adversario praestandum sit, nihil exprimitur : *fortassis autem magis adversario, ut id veluti solacium habeat pro eo quod potentiori adversario traditus est.*

Avverte il Lenel (7), che a « fisco » va sostituito « populo », ma è anche da avvertire, che le ultime parole riferite in corsivo non vennero scritte sicuramente da Gaio. Ciò rivela il contesto e conferma l'uso del termine « solacium », che lo stesso Kalb (8), nel significato di compenso materiale, annovera fra i vocaboli giustinianei. Si può dunque affermare, che la voce « fortassis » non s' incontra prima di Papiniano che nella legge di Pomponio, e che non è punto giustificata la sua fama come indizio di genuinità. Inoltre nei passi di Ulpiano è di frequente introdotta dai compilatori :

fr. 20 § 16 de her. pet. 5, 3 : *sed si forte tales fuerunt, quae vel steriles erant vel tempore periturae, et hae distractae sunt vero pretio, fortassis possit petitor eligere, ut sibi pretia et usurae praestentur* ;

fr. 1 § 3 si pars her. pet. 5, 4 : *et fortassis hoc officio iudicis debeat fieri* ;

fr. 18 § 6 ad l. Iul. de ad. 48, 5 : *fortassis et optinere vel gratia vel iustitia vel legis auxilio possit.*

Mi son limitato a citare le interpolazioni più evidenti, ma la lista certo continua (9), e va ad ogni modo accresciuta del

---

(7) *Palingenesia*, I, col. 245, n. 5.

(8) *Das Juristenlatein*, 2ª ediz., p. 71.

(9) Secondo le mie schede Ulpiano adopera ancora il « fortassis » in fr. 33 § 1 de her. pet. 5, 3 ; fr. 15 § 1 de rei vind. 6, 1 ; fr. 12 § 5 de usu fr. 7, 1 ; fr. 8 de nox. act. 9, 4 ; fr. 14 § 9 de rel. 11, 7 ; fr. 13 § 5 de iureiur. 12, 2 ; fr. 30 § 6 de pec. 15, 1 ; fr. 9 pro soc. 17, 2 ; fr. 9 § 3 de adm. et per. tut. 26, 7 ; fr. 3 § 2 de leg. III ; fr. 49 pr. eod. ; fr. 55 § 7 eod. = fr. 167 de verb. sign. 50, 16 ; fr. 24 § 2 de fid. lib. 40, 5 ; fr. 24 § 17 eod. ; e fr. 1 § 3 de var. et extr. cogn. 50, 13.

fr. 47 § 3 de leg. I (10) e del fr. 12 § 2 de publ. 39, 4 (11). Tutto insomma induce a molta diffidenza verso il « fortassis » pomponiano.

L' insieme degli argomenti addotti fornisce, a mio avviso, la prova, che non derivano dal giureconsulto classico le parole « sed vix id optinere potest, fortassis ». Manca invece ogni motivo per dubitare della genuinità della motivazione che segue. Anzi si noti, che « ita demum » è spesso adoperato da Pomponio (12) e affatto ignoto ai compilatori (13).

Io credo che il testo tendesse in origine a stabilire pei due casi soluzioni opposte. Il giureconsulto classico dovea decidere il quesito circa la validità del fedecommesso lasciato in un testamento *iure factum*, ma non più disposto in un posteriore testamento *iniustum*, ammettendo che fosse da ritenere la intenzione del testatore di revocare la liberalità, e trovasse quindi applicazione il principio, che il fedecommesso si toglie « nuda voluntate ». Ma egli dovea escludere, che tale principio si potesse estendere all' altro quesito sulla efficacia del fedecommesso, di cui nel testamento *iniustum* venisse cambiato l'oggetto, osservando che il disponente avea avuto in animo di revocare il primo fedecommesso in vista della validità del secondo, e che, questa mancata, non era lecito sottrarre ogni beneficio all' onorato. Il volere del testatore appariva allora rivolto a sostituire l'antica liberalità con la nuova, e quindi a revocare la prima disposizione solo nel caso di efficacia dell' altra : chiarito invalido il secondo testamento, non si poteva attribuire al mutamento di contenuto del fedecommesso un effetto estintivo, che non era mai stato come tale nella intenzione del disponente. I compilatori però non avvertirono l'acutezza del pensiero di Pomponio, e attratti dalla *ratio decidendi* da lui addotta pel secondo

---

(10) V. Ferrini, *Manuale di Pandette*, p. 531, n. 2; Bonfante, *op. cit.*, p. 335, n. 2.

(11) V. la edizione Mommsen-Krueger dei *Digesta*.

(12) Fr. 59 pr. pro socio 17, 2; fr. 66 pr. de contr. empt. 18, 1; fr. 6 § 5 de act. e. v. 19, 1; fr. 36 de aed. ed. 21, 1; fr. 85 de leg. III; fr. 74 ad S.C. Treb. 36, 1; fr. 5 § 3 de captiv. 49, 15.

(13) V. il *Vocabolario* del Longo.

caso, la quale parea prestarsi a statuire la solita indagine circa la volontà effettiva del testatore, quella elevarono a motivazione comune, sostituendo alle soluzioni opposte le parole « sed vix id optinere potest, fortassis ». In tal modo venne fuori un ragionamento alquanto strano, e lo stesso rilievo « quod ita demum a priore testamento velim recedi, si posterius valiturum sit » acquistò un senso troppo vago e indefinito.

Non è poi del tutto inverosimile la ipotesi, che il nostro fr. debba considerarsi come il risultato della fusione di due testi diversi di Pomponio. Si può, cioè, supporre, che il giureconsulto classico esaminasse separatamente i quesiti proposti nella legge 18, e che i commissari li abbiano da prima riuniti sotto unica trattazione. Questa congettura di un più largo rimaneggiamento permetterebbe anzi di precisare la origine delle mende del brano. Ad ogni modo dal lato dommatico non è certo necessaria (14).

---

(14) La critica del Beseler, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, II, p. 11 e 170 sg., mi fu nota dopo che avevo già scritto queste pagine. Ognuno intende che non può sembrarmi felice.

Salvatore Di Marzo,
Professore nella R. Università di Pisa.

Observations sur les Actions arbitraires

I

Le nom des actions arbitraires

C'est seulement dans les Institutes de Justinien que l'expression actions arbitraires paraît avec la signification technique qu'elle a conservée depuis, pour désigner d'un terme générique les actions diverses dans lesquelles le juge est autorisé à arbitrer les satisfactions que le défendeur doit fournir au demandeur s'il veut éviter une condamnation pécuniaire (§ 31, Inst., IV, 6). Mais, c'est le seul texte non suspect d'interpolation qui ait employé cette dénomination *actiones arbitrariae*. Les jurisconsultes ne s'en sont pas servis. Lenel a déjà remarqué qu'ils n'emploient pas souvent cette expression (1). Il est mieux de dire qu'ils ne l'emploient jamais. On ne peut en effet faire état du fr. 14 § 4, Dig., IV, 2 (Ulp. lib. XI ad Ed.) où Ulpien parlant de l'*actio quod metus causa* aurait écrit : *haec autem actio, quum arbitraria sit, habet reus licentiam* etc. La lecture de ce texte ne permet pas de douter de l'interpolation (2). Qu'Ulpien ait parlé

(1) Lenel, *Essai de reconstitution de l'Edit perpétuel* (Peltier), t. I p. 283 ; *Das Edictum perpetuum* (2e éd.) p. 238.

(2) Elle est admise par Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, p. 99, principalement à cause du passage : *habet reus licentiam*. Ajoutons que ce qui rend cette phrase encore plus suspecte, c'est la tournure inachevée : *haec autem actio... habet reus licentiam*, au lieu de : *in hac autem actione* qu'on trouve au § 3 : c'est aussi l'amphibologie qui résulte de l'emploi de *reus* pour désigner le défendeur et de *res* au génitif pour la chose à restituer, en sorte que l'on a fait dire à Ulpien : *habet reus licentiam... restitutionem... rei*

dans cette phrase de la faculté laissée au défendeur d'éviter la condamnation en restituant, cela est fort vraisemblable. La phrase suivante qui forme le § 5 s'occupe encore de l'*arbitrium judicis*. Mais le langage qu'on fait tenir au jurisconsulte dans le § 4 est trop suspect pour qu'on puisse attacher quelque créance à la qualification d'*arbitraria* donnée par lui à l'*actio quod metus causa*. Ce sont les compilateurs byzantins qui l'ont dénommée de la sorte. En dehors de ce texte, on n'en peut citer aucun autre qui qualifie d'*actio arbitraria* l'une quelconque des actions *in rem* ou *in personam* que, sur la foi de Justinien, on est accoutumé de nommer de ce nom.

Il est vrai qu'il y a l'action désignée par les interprètes sous le nom d'*actio de eo quod certo loco*. Celle-là, en même temps qu'elle est rangée par Justinien dans le groupe des actions arbitraires et appelée par lui *arbitraria actio* dans le § 33[c] Inst. IV, 6, est pourvue du même qualificatif dans un assez grand nombre de fragments dus à des jurisconsultes divers, Africain, Ulpien, Paul (1). Mais on ne doit pas se laisser influencer par cette unanimité de témoignages et se laisser induire en erreur par une terminologie qui n'est convaincante qu'en apparence. Qu'il y ait dans l'action *de eo quod certo loco* un pouvoir d'*arbitrium* conféré au *judex* par la formule, un pouvoir plus large que celui qu'il devrait avoir étant donnée la nature de l'action, cela pour moi n'est pas douteux. Les textes sont décisifs à cet égard (2). Ce pou-

---

facere. L'interpolation est également admise par le *Vocabularium jurisprud. rom.* V° Arbitrarius.

(1) *Arbitraria actio* dans Ulp. (lib. XXVII ad Ed.) Dig. XIII, 4, fr. 2, pr.; 4 § 1; Dig. XIII, 5, fr. 16 § 1; dans Paul (lib. XXVIII ad Ed.) Dig. XIII, 4, fr. 5; 7, pr.; dans 1. Cod. Just. III, 18 (Alexander) — *Arbitraria* seul (*actio* est sous-entendu) dans African (lib. 3 quaest.) Dig. XIII, 4, fr. 8; dans Ulp. (lib. XXVII ad Ed.) fr. 2 § 8; dans Paul (lib. IV quaest.) Dig. XIII, 4, fr. 10. Sur l'authenticité contestable du fr. 4 § 1. Dig. XIII, 4 où le *quum sit arbitraria* rappelle le *haec autem actio quum sit arbitraria* du fr. 14 § 4. Dig. IV, 2, cf. Gradenwitz dans Z. f. Savigny Stift. XXIV, p. 239.

(2) *In arbitrium judicis refertur haec actio*, fr. 3, Dig. XIII, 4 (Gaius, lib. IX ad Ed. prov.); *circa cujus (pecuniae) executionem aestimationis ratio arbitrio judicis committitur*, fr. 8, Dig. XIII, 4 (African. lib. III quaest.); *arbitrium judicis cesset*, fr. 10, Dig. XIII, 4 (Paul, lib. IV quaest.).

voir de libre appréciation laissé au juge, on le retrouve sans doute ailleurs, par exemple dans les *judicia bonae fidei* ou dans les actions *in bonum et aequum conceptae*. Mais ici, il avait quelque chose de particulièrement anormal. L'action intentée est une action personnelle *certa*, un *judicium strictum* (1), où le demandeur réclame soit de l'argent, soit des denrées, soit tout autre objet (2), qui lui sont dus par stipulation ou par toute autre cause engendrant l'action de droit strict (3). Si le créancier réclame la prestation due dans un lieu autre que celui où elle doit être faite, il court le risque d'échouer par l'effet de la *plus petitio loco*. Mais ce danger lui est épargné, grâce à une transformation de la formule normale, *pura actio*. L'*intentio* indiquera le lieu où le paiement devait être effectué, *loci adjectio* (4). En même temps, le juge reçoit le pouvoir d'arbitrer le chiffre de la condamnation, c'est-à-dire de tenir compte, dans son estimation, de l'intérêt qu'avait soit le défendeur, soit même le demandeur à payer ou à recevoir au lieu primitivement fixé comme celui du paiement. L'office du juge, tel que la formule le lui traçait ici, se rapproche donc singulièrement du rôle qu'il avait dans un *judicium bonae fidei*.

Cela est tellement vrai que, lorsqu'à la suite d'une vente, d'un dépôt ou de tout autre contrat de bonne foi on poursuit le défendeur dans un lieu différent de celui qui avait été convenu, il n'y a pas besoin de modifier la formule. Il suffit

---

(1) Cf. en ce sens l'étude toute récente de Biondo Biondi, *Sulla dottrina romana dell' actio arbitraria*, Palerme 1911, p. 98, dont il est fait mention par Girard *Manuel*[5] dans ses additions et corrections et dont j'ai pu prendre connaissance grâce à l'amicale communication qui m'en a été faite par mon collègue.

(2) *Vinum, oleum, frumentum, pecunia*, fr. 3, Dig. XIII, 4 (Gaius lib. IX ad Ed. prov.), et pour un objet quelconque, fr. 7 § 1, Dig. XIII, 4 (Paul, lib. XXVIII ad Ed.).

(3) Stipulation dans les fr. 1; 2 § 1; 7 § 1; 8; 9 Dig. XIII, 4 empruntés à Gaius (lib. IX ad Ed. prov.), Ulpien (lib. XXVII ad Ed.), Paul (lib. XXVIII ad Ed.), African (lib. III quaest.), Ulpien (lib. XLVII ad Sab.); Legs *per damnationem* dans le fr. 5. Dig. XIII, 4 de Paul (lib. XXVIII ad Ed.); *Mutuum* dans le fr. 6 Dig. XIII, 4 de Pomponius (lib. XXII ad Sab.).

(4) Fr. 2 § 3, Dig. XIII, 4 (Ulp. lib. XXVII ad Ed.) *sine loci adjectione*. C'est ce que les Institutes, § 33[e] IV, 6 appellent la *commemoratio loci*.

d'intenter le *judicium bonae fidei* dans sa forme ordinaire. La clause *ex fide bona* suffit alors pour donner au juge les pouvoirs d'appréciation large, l'*arbitrium*, qu'il faut lui conférer spécialement en pareil cas, lorsqu'il s'agit d'un *judicium strictum*. On peut dire que l'action de bonne foi est, en vertu de sa nature même, *arbitraria*, en prenant ce mot avec le sens spécial qu'il a ici. C'est ce que proclame très nettement le fr. 7, pr. Dig. XIII, 4 (Paul, lib. XXVIII ad Ed.) : *in bonae fidei judiciis, etiamsi in contrahendo convenit ut certo loco praestetur, ex emto, vel vendito, vel depositi actio competit, non arbitraria actio* (1).

On s'explique donc facilement l'insistance que mettent les jurisconsultes à appeler *arbitraria* l'action *de eo quod certo loco*. L'action perd en partie son caractère strict pour se transformer en *arbitrium*, où le juge est appelé à faire entrer en ligne de compte des contingences dont il ne devrait pas se préoccuper s'il avait à statuer sur le vu de la formule ordinaire. C'est ce qu'a exprimé si excellemment Lenel, en disant que notre action n'est pas une action arbitraire, une des actions arbitraires, mais qu'elle est l'*actio arbitraria* par excellence, l'*actio arbitraria* tout court (2). Ainsi s'explique qu'à elle seule elle soit ainsi dénommée à plusieurs reprises, tandis que les actions qu'on a coutume d'appeler arbitraires sur la foi du § 31, Inst. IV, 6, ne sont jamais qualifiées de la sorte dans les textes.

Il reste cependant une objection à écarter. On pourrait

---

(1) Il est regrettable qu'on n'ait pas un texte aussi net pour dire que dans les actions de bonne foi le juge peut se passer d'une *clausula arbitraria de restituendo*. Au texte de Paul, si décisif, on peut ajouter le fr. 5, pr. Dig. XIII, 6 (Ulp. lib. XXVIII ad Ed.), où le jurisconsulte décide qu'en cas de commodat, s'il a été convenu que la chose serait rendue *certo loco*, il rentre dans l'office du juge de tenir compte de cette convention (sous-entendu, pour le cas où la chose serait réclamée ailleurs). On n'a donc pas à modifier la formule de l'action *commodati* par une *adjectio loci* et à augmenter les pouvoirs du juge. Toutefois si l'on admet avec Lenel (Peltier) t. I, p. 291, 292, *Das Edictum perpetuum* (2e éd.) p. 245, que l'action dont s'occupe ici Ulpien était l'actio *in factum*, cela enlève à l'argument tiré de ce texte toute sa force probante.

(2) Lenel (Peltier), t. I, p. 283 ; *Das Edictum perpetuum* (2e éd.) p. 239. Dans le même sens : Sohm, *Institutionen* [14], Leipzig 1911, p. 330.

dire que l'action *de eo quod certo loco* contenait entre son *intentio* et sa *condemnatio* une *clausula arbitraria* indiquant au défendeur les satisfactions à fournir au demandeur en vue d'éviter la condamnation. S'il en était ainsi, l'action serait arbitraire au sens habituel du mot (1). Mais il est peu probable que la formule ait contenu une clause ainsi rédigée. Le défendeur poursuivi ailleurs qu'au lieu désigné pour le paiement fait valoir cette circonstance pour obtenir que la condamnation soit diminuée. Or, pour arriver à ce résultat très simple, on aurait employé un procédé bien compliqué, qui aurait consisté à indiquer au défendeur, sous menace de condamnation au tout, la somme moindre qu'il demande à payer dans le lieu choisi par le demandeur pour intenter l'action. La *clausula arbitraria* aurait été, dans cette application, singulièrement détournée de son acception normale, de sa portée habituelle. L'invraisemblance de l'insertion d'une pareille clause s'accentue encore quand on remarque qu'elle n'aurait pas pu fonctionner en faveur du demandeur (2). Si c'est lui qui a intérêt à ce que le paiement ait lieu à l'endroit primitivement fixé, le juge est également autorisé à tenir compte de cet intérêt et à augmenter en conséquence le chiffre de la condamnation. Or, ceux qui admettent une modification en ce sens à la formule normale de l'action *certa*, sont obligés de concéder que cette modification ne prend pas la forme d'une *clausula arbitraria* et ne saurait la prendre. Ils conviennent qu'alors c'est la *condemnatio* qui est modifiée (3). N'est-il pas préférable d'ad-

(1) Telle est l'opinion de Girard, *Manuel* [5], p. 1038, n. 3, qui suit ici Gradenwitz, Z. f. Savigny Stift. XXIV, p. 251, lequel propose d'admettre comme rédaction : *neque* $N^s N^s$ A^o A^o *arbitratu tuo satisfacere* N^m N^m I^o A^o *condemna*. Biondo Biondi, *op. cit.* p. 102, 104, 105 nie que dans l'action *de eo quod certo loco* il y ait eu une *clausula* du type *nisi arbitrio tuo... condemna* et rejette avec beaucoup de force l'opinion selon laquelle l'action serait arbitraire au sens habituel du mot. Dans le même sens cf. Beseler, *Das Edictum de eo quod certo loco*, Leipzig 1907, p. 90.

(2) Selon Biondo Biondi *op. cit.*, p. 29 et suiv., ce serait seulement sous Justinien qu'on aurait fait entrer en ligne de compte l'intérêt qu'avait le demandeur à recevoir paiement au lieu primitivement fixé. Nous n'avons pas à prendre parti dans cette discussion.

(3) En ce sens : Gradenwitz, Z. f. Savigny Stift. XXIV, p. 251.

mettre comme le démontre Lenel qu'en aucun cas il n'était question de *clausula arbitraria*? (1).

La modification à la formule ordinaire de l'action de droit strict portait ici d'abord sur l'*intentio*. On y indiquait que la dette n'était pas une dette abstraite, un *X dare oportere*, mais une dette qui devait être payée dans un certain lieu. Nous avons sur ce point le témoignage formel de la paraphrase grecque de Théophile qui reproduit textuellement l'*intentio* de l'action (2). Quant à la *condemnatio* qu'on ne peut reconstituer avec autant de certitude que l'*intentio*, elle était nécessairement influencée dans sa rédaction par cette *intentio adjecto loco*. Elle devait dépouiller son caractère certain et strict pour devenir incertaine et libre. Le juge devait s'y transformer en cet arbitre dont Sénèque trace le portrait : *arbitri libera et nullis astricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adjicere* (3). Il devait, tenant compte des circonstances, calculer l'intérêt qu'avait l'une ou l'autre des parties à ce que la dette fût payée dans le lieu fixé primitivement plutôt qu'ailleurs : *quanti ejus vel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi*, comme le dit si nettement Africain, fr. 8 Dig. XIII, 4. Mais quels que fussent les termes dont on se servait pour exprimer cette extension des pouvoirs du juge, il paraît tout naturel qu'ils fissent partie de la *condemnatio* et non qu'ils figurassent avant elle comme une condition à la non-exécution de laquelle la *condemnatio* aurait été subordonnée (4).

Si donc on admet que l'action *de eo quod certo loco* ne contenait pas de *clausula arbitraria*, on arrive à ce résultat : c'est qu'aucune des actions qu'à la suite de Justinien on a

(1) Lenel (Peltier) t. I, p. 278 et suiv.; *Das Edictum perpetuum* (2e éd.), p. 237, 238.

(2) Théophile (Ferrini) sur le § 33, Inst. IV, 6 : Εἰ φαίνεται τὸν ἀντίδικον χρῆναι δοῦναί μοι ῥ νομίσματα ἐν Ἐφέσῳ, ce qui transposé dans la forme ordinaire des *intentiones* donne : *si paret Nm Nm Ao Ao C Ephesi dare oportere.*

(3) Sénèque *De benef.* 3, 7. Ce texte peut se rapprocher utilement de celui d'Ulpien, fr. 2 § 8, Dig. XIII, 4 : *nunc de officio judicis... loquendum est utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat*, texte où le jurisconsulte étudie l'office du juge dans notre action.

(4) Telle est la conclusion à laquelle aboutit le très récent travail de Biondo Biondi, *op. cit.* p. 92, 93, 103, 104.

coutume de nommer *arbitrariae* n'est ainsi appelée par les textes dignes de foi et que la seule qui soit dénommée *arbitraria* n'est pas arbitraire au sens où l'indiquent les Institutes.

Il n'en est pas moins certain que les jurisconsultes ont dû porter leur attention sur cette particularité que présentaient certaines formules de contenir un *arbitratus* dont l'exécution par le défendeur empêchait la *condemnatio* d'être prononcée. L'insertion de cette clause subordonnait la *condemnatio* à une condition négative : *nisi restituat vel... condemna.* La formule où pareille *adjectio* se trouvait inscrite ressemblait donc, en la forme, à celle où une *exceptio* avait été insérée : *nisi inter* $A^{m}A^{m}$ *et* $N^{m}N^{m}$ *convenit ne ea pecunia peteretur, condemna*, ou autres semblables. Dans ce dernier cas, en effet, la condamnation est également subordonnée à une condition négative, la non-vérification de l'*exceptio*. Mais les jurisconsultes n'ont certes pas considéré que le caractère de l'action était altéré par le fait qu'une exception était insérée dans le corps de la formule. De même, ils n'ont pas dû considérer que l'action devenait d'une nature spéciale parce que le juge recevait le pouvoir d'absoudre le défendeur si celui-ci accomplissait l'*arbitratus* qu'il lui indiquait. Cette particularité, cette modification à la formule ordinaire n'intéressait que la *condemnatio*. Or, on sait que c'est l'*intentio* qui donne à l'action son caractère spécifique propre.

Pour parler un langage exact, les jurisconsultes auraient dû dire et peut-être l'ont-ils fait, que la formule de certaines actions contenant l'*adjectio* relative à l'*arbitrium* était une *formula arbitraria*. Ainsi s'exprime le plus ancien texte et le plus sûr que nous possédions, celui de Gaius IV, 163. L'action donnée à la suite d'un interdit restitutoire ou exhibitoire à celui qui prétend que son adversaire n'a pas respecté l'ordre du préteur, aura, si le réclamant demande un arbitre, une *formula arbitraria* où le juge aura le pouvoir, appelé *arbitrium*, de prescrire au défendeur ce qu'il doit faire s'il veut être absous. Je serais tenté, pour ma part, de voir là l'origine première, le point de départ du procédé qui devait se généraliser par la suite, être étendu de l'*actio in factum*

délivrée par le préteur comme sanction de la violation de l'interdit, à d'autres actions *in factum* personnelles ou réelles et ensuite à des actions *in jus*. Retenons en tout cas qu'ici il n'est question que d'une *formula arbitraria*. C'est aussi de cette façon que s'exprime le fragment de Vienne, d'Ulpien, relatif aux interdits restitutoires et exhibitoires et aussi le fragment *de formula fabiana* : *et est in fa|ctum et ar|bitraria* (1). Lorsque le nombre des cas où le juge pouvait rendre un *arbitrium* semblable se fut augmenté, on a pu dire que dans toutes ces hypothèses il y avait une action à *formula arbitraria*. Et c'est le vrai langage dont il conviendrait de se servir. On ne doit donc pas parler d'actions arbitraires mais d'actions à formule arbitraire.

Il n'est pas indifférent de faire cette constatation. Cela revient à dire qu'aux yeux des jurisconsultes et pendant longtemps, l'action à formule arbitraire ne constitua pas une catégorie à part, comme l'action *in personam*, *in rem*, *in jus*, *in factum*. C'est ainsi que les choses se sont passées pour les actions de bonne foi. C'étaient, comme l'a dit de façon si expressive Cicéron, des *arbitria* où la formule contenait l'addition *ex fide bona* (*De off.* III, 17). On n'avait pas pensé à en faire tout de suite une catégorie spéciale. La *clausula* : *ex fide bona* n'était qu'une altération de l'*intentio incerta*. D'assez bonne heure pourtant on fut porté à considérer ces *judicia* comme ayant un caractère typique à part (2). Les choses ont dû se passer de la sorte pour nos actions à formule arbitraire. Un temps est venu, mais beaucoup plus tard, où on a été tenté de grouper en une catégorie à part tous les cas où le juge avait le pouvoir spécial d'arbitrer les satisfactions à fournir par le défendeur. Cette tendance se manifeste déjà à l'époque classique, dans un texte de Papi-

(1) Girard, *Textes*[3], p. 467, 432.

(2) Il était naturel de grouper ensemble les *judicia bonae fidei*, parce que tous ils appartenaient au même type, étant tous *in jus*, *in personam*, dérivant d'un *negotium civile*, d'un fait licite. Au contraire, les *judicia* à formule arbitraire formaient une liste disparate contenant des actions *in personam* et *in rem*, des actions *in factum* et *in jus*, des actions délictuelles et non délictuelles.

nien (lib. XX quaest.) où il place sur la même ligne les *judicia arbitraria* et *bonae fidei*, fr. 3 § 1, Dig. *De usur.* XXII, 1. C'est le seul texte, à notre connaissance, qui parle de *judicia arbitraria*. Cela est presque l'équivalent de *formulae arbitrariae* avec quelque chose en plus. En tout cas, il était naturel que le jurisconsulte rapprochât ici les deux catégories de *judicia*, puisque c'est dans ces deux cas que le pouvoir du juge est le moins limité.

Nous concluons donc que la vraie expression romaine pour désigner nos actions, celles dont parle le § 31, Inst. IV, 6, est *formula arbitraria* et plus tard *judicium arbitrarium*. Le terme *actio arbitraria* paraît être d'une époque plus basse (1).

II

L'énumération du § 31, Inst. IV, 6.

En bonne doctrine, il n'y a qu'une analogie apparente entre le *judicium bonae fidei* et l'action à formule arbitraire. Le juge, il est vrai, jouit dans les deux cas d'un pouvoir d'appréciation libre. Mais dans le premier, ce pouvoir lui vient de l'*intentio*. La *clausula bonae fidei* est une *adjectio* qui modifie l'*intentio incerta* et qui n'a d'effet sur la *condemnatio* que par voie de répercussion. Dans le cas de la formule arbitraire, les choses sont tout à fait différentes, puisque le pouvoir d'*arbitrium* du juge ne lui est conféré que par une clause accessoire à la *condemnatio*. Quant à l'*intentio* elle demeure ce qu'elle était, et la liberté d'appréciation du juge ne s'exerce pas dans l'examen du bien fondé de cette *intentio*. Bien au contraire, puisque les actions à formule arbitraire sont ou *in factum* ou *in rem civiles* et que par leur nature elles sont strictes, ce n'est qu'après avoir admis l'*intentio*

(1) Mes observations répondent, dans une mesure dont je sens toute l'imperfection, au vœu exprimé par Biondo Biondi *op. cit.* p. 106, quand il écrit en guise de conclusion ultime que la doctrine des *actiones arbitrariae* devrait faire l'objet de nouvelles recherches et qu'il faudrait savoir si le droit classique avait connu en réalité une catégorie d'actions sous la qualification d'actions arbitraires.

comme exacte que le juge peut arbitrer *ex aequo et bono* la nature des satisfactions à fournir pour éviter la *condemnatio* (1).

Aussi ne peut-on pas croire que les jurisconsultes des temps classiques aient confondu ces deux catégories de *judicia*. Pourtant, ils ont dû être amenés à les juxtaposer. Papinien, dans le fragment que nous avons cité, se laisse naturellement entraîner à le faire. Plus d'une fois, à son exemple, on a dû rapprocher ces deux genres de *judicia*. Et c'est ce qui nous explique comment Justinien, après avoir traité dans les § 28, 29, 30 Instit. IV, 6 de la distinction des actions de bonne foi et de droit strict, s'occupe immédiatement ensuite au § 31 des actions auxquelles il a donné le nom d'*actiones arbitrariae* et qui sont les *judicia arbitraria*, les actions à formule arbitraire d'avant lui.

Les Institutes s'y reprennent à deux fois pour présenter la notion de ce que dans la série de leurs divisions doctrinales des actions, elles appellent *actio arbitraria*. Tout d'abord, elles expliquent la qualification *arbitraria*, en disant qu'ici l'action *ex arbitrio judicis pendet*. Mais cela ne paraît pas au rédacteur être une caractéristique suffisante. Il y a en effet d'autres actions qui dépendent de l'*arbitrium judicis* (2). Il explique en conséquence en quoi consiste cet *arbitrium* : le défendeur doit accomplir les prestations arbitrées, sinon il sera condamné : *in quibus nisi arbitrio judicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti... condemnari debeat*. Vient ensuite une liste, certainement incomplète, des actions ayant ce caractère. Ce catalogue, les Institutes le font suivre d'une

---

(1) Cf. dans le même esprit ce qu'écrit Sohm, *Institutionen* [14], Leipzig 1911, p. 330.

(2) L'expression *arbitrium judicis* peut en effet être entendue dans le sens de liberté d'appréciation pour le jugement que doit rendre le juge privé et c'est avec cette portée qu'elle était employée dans les textes suivants : *arbitrio judicis contineri ut* (action *communi dividundo*), fr. 61, pr. Dig. XLVII, 2 (African. lib. VIII Quaest.) ; *arbitrio judicis ei praestabitur* (action *negotiorum gestorum*), fr. 80 § 7. Dig. XLVII, 2 (Papin. lib. XII quaest.) ; *arbitrio judicis modicum tempus ei indulgeri* (action *rei uxoriae*), fr. 24 § 6. Dig. XXIV, 3 (Ulp. lib. XXXIII ad Ed.). *Adde* pour l'action *familiae herciscundae* le nom d'*arbiter* donné au juge par le fr. 30, Dig. X, 2 (Modestin. lib. VI respons.).

seconde explication moins explicite à certains égards que la première. Dans les actions ci-dessus énumérées et autres semblables, dit le rédacteur, le juge reçoit le pouvoir d'apprécier quelle satisfaction on doit fournir au demandeur. Le texte ajoute, ce qui n'avait pas été dit précédemment, que le juge devra s'inspirer en pareil cas à la fois de l'équité et de la nature de l'action : *ex aequo et bono*, *secundum cujusque rei de qua actum est naturam aestimare*. Mais le texte n'ajoute pas qu'au cas d'exécution de l'*arbitrium* le défendeur sera absous.

Il me semble, mais ce n'est qu'une impression, que les rédacteurs byzantins ont été puiser ces deux notions dans deux ouvrages distincts. La première, celle qui précède la liste des actions arbitraires, est la notion ancienne ; elle fait une allusion très claire à la forme de l'*arbitratus* : *nisi rem restituat*, *vel exhibeat*..., à la *condemnatio* qui sera encourue par le défendeur. Le modèle des compilateurs parlait sûrement de la formule arbitraire. Il la décrivait peut-être dans son contexte. C'est donc un modèle ancien. Mais la seconde notion présentée par notre texte a une allure plus théorique, plus doctrinale. On y synthétise l'idée de l'*arbitrium*, on n'y procède pas par voie d'exemples. Le juge a un pouvoir spécial, mais la mise en action de ce pouvoir, son application pratique varie selon la nature de l'action intentée (1). D'ailleurs, ajoute-t-on, le juge doit dans son appréciation s'inspirer chaque fois de l'équité. Or, nous n'avons aucune preuve que la mention du *bonum et aequum* figurât dans la *formula arbitraria* comme elle figurait dans les *judicia in bonum et aequum concepta*. C'est donc qu'ici les rédacteurs n'ont pas la formule sous les yeux ou ont entre les mains un écrit qui n'en parle plus.

Pour ce qui est du catalogue des actions arbitraires donné par les Institutes, il n'est pas douteux qu'il soit incomplet. Le texte lui-même le présente comme tel : *in his enim actio-*

(1) Les mots *cujusque rei de qua actum est naturam* sont à rapprocher de l'expression favorite de la compilation justinienne : *natura actionis*. Cf. en ce sens Biondo Biondi, *op. cit.* p. 98, note 1.

nibus et ceteris similibus, etc. Mais il est en outre inexact. Il mentionne l'action *de eo quod certo loco* qui ne mérite pas d'être classée dans cette catégorie. Lenel s'est demandé comment les Institutes avaient pu être amenées à accueillir cette action dans leur liste (1). Sa réponse qui nous paraît sans contredit la meilleure qu'on puisse faire à cette question c'est qu'ici les rédacteurs ont été déterminés par le nom que l'action portait déjà bien avant eux. Les jurisconsultes l'appelaient l'*actio arbitraria*. Cela a suffi aux compilateurs byzantins. Ils n'ont pas pensé qu'ici il n'était pas question d'un *arbitrium* de restitution, d'exhibition etc., que par conséquent, il n'y avait qu'une analogie de surface, purement nominale, entre cette action et les autres (2). En l'admettant dans leur catalogue, les Institutes ont contribué à augmenter la confusion déjà créée autrefois par les juristes des bonnes époques qui avaient appelé *arbitraria* une action où il n'y avait pas de *formula arbitraria* (3).

(1) Lenel (Peltier), t. I p. 284; *Das Edictum perpetuum* (2e éd.), p. 239.

(2) La présence de l'action *de eo q. c. l.* dans la liste des Institutes s'explique si l'on admet avec certains que la formule contenait autrefois une *clausula arbitraria*. Ceux qui l'admettent sont obligés de reconnaitre que cette *clausula* ne pouvait être conçue selon le type ordinaire : *nisi restituat*, *exhibeat*, etc. Mais elle aurait été rédigée dans la forme *nisi solvat* et c'est précisément ce *vel solvat* de l'action *de eo q. c. l.* que viserait Justinien au § 31, Instit. IV, 6. Mais on peut répondre que ce *vel solvat* peut s'entendre de l'action hypothécaire où le détenteur en payant la dette sera absous. Cf. sur ce point Biondo Biondi, *op. cit.* p. 105 et note 3.

(3) Le seul texte qui puisse expliquer l'erreur de Justinien c'est le fr. 4 § 1, Dig. XIII, 4 (Ulp. lib. XXVII ad Ed.) où il est dit que le juge peut absoudre le défendeur à la condition que celui-ci fournisse caution de payer dans le lieu primitivement fixé par la promesse. Cette *cautio* fournie par le défendeur peut, selon les cas, être envisagée comme une satisfaction suffisante pour le créancier et procurer au défendeur le bénéfice de l'absolution. Mais l'interpolation du fragment est évidente, surtout dans la finale : *in summa aequitatem quoque ante oculos habere debet judex qui huic actioni addictus est*. Cette allusion au pouvoir du juge rappelle de fort près le langage des Institutes quand elles indiquent que le juge peut arbitrer les satisfactions *ex bono et aequo*. Cette coïncidence a été très justement signalée par Biondo Biondi, *op. cit.* p. 97. J'ajoute que c'est à mes yeux une preuve de plus que l'action *de eo q. c. l.* n'avait pas de *formula arbitraria*. On saisit ici sur le vif le travail de transformation des compilateurs. C'est ce qui les a poussés à insérer dans le texte l'incise *quum sit arbitraria*, voulant ainsi affirmer que l'action était arbitraire dans le sens où l'entendent les Institutes § 31, et faire cadrer de force l'opinion d'Ulpien avec leur énumération.

Lenel a fait observer aussi que la paraphrase de Théophile, à la différence des Institutes, ne cite pas l'action *de eo quod certo loco* dans la liste des actions arbitraires. Théophile a donc bien vu que les compilateurs commettaient une erreur. Cela est tellement vrai que quand un peu plus bas Théophile commente le § 33[e] où Justinien traite spécialement de l'action *de eo quod certo loco*, il se garde bien d'appeler *arbitraria* cette action, tandis que Justinien lui donne ce nom. Il explique avec force détails en quoi consiste l'*intentio* spéciale de l'action, mais dans tout ce long passage, il se garde bien de prononcer une fois le nom d'action *arbitraria*. La suppression de ce qualificatif prouve bien que c'était de propos délibéré qu'il avait omis un peu plus haut de suivre l'exemple de son modèle et de citer l'action parmi les actions arbitraires. Cela démontre bien qu'à ses yeux le rédacteur des Institutes avait commis une erreur (1).

Mais, si critiquable que soit le catalogue des Institutes, il n'en mérite pas moins de retenir l'attention à raison des singularités qu'on y observe. Les rédacteurs lorsqu'ils ont voulu donner une liste des actions arbitraires, ont certainement dû copier un ouvrage antérieur (2) et j'ajoute déjà très ancien. Cela est très probable, car on ne trouve dans cette liste ni l'action en revendication, ni la pétition d'hérédité, actions auxquelles on peut assigner le caractère arbitraire d'après des textes sûrs. Le catalogue archaïque copié par les Institutes comprenait pour les actions *in rem* : l'action publicienne, l'action servienne et quasi servienne et pour les actions *in personam* : les actions *quod metus causa* et

(1) Il en a commis une autre en mentionnant parmi les satisfactions que peut avoir à fournir le défendeur en vue de son absolution, celle qui consiste à faire l'abandon noxal de l'esclave. Une action n'est pas arbitraire parce qu'elle est noxale. La *noxae deditio* était indiquée dans l'*intentio*. La place qui m'est impartie ne me permet pas de m'étendre sur cette question. C'est uniquement l'*actio injuriarum* exercée *noxaliter* qui contenait une *clausula arbitraria* laissant au défendeur l'alternative entre *servum verberandum exhibere* et d'autre part *noxae dare vel litis aestimationem sufferre*. Cf. fr. 17 § 4, 5, Dig. XLVII, 10 (Ulp. lib. LVII ad Ed.); Girard, *Manuel* [5], p. 1023 note 680; Girard, *Mélanges Gérardin*, p. 263 note 5; Naber, *Mélanges Gérardin*, p. 468; Lenel (Peltier), t. II, p. 136; *Das edictum perpetuum*, 2[e] éd., p. 388.

(2) Girard, *Manuel* [5] p. 1022 note 4.

de *dolo*. J'arrête ici l'énumération, car j'ai montré que l'adjonction de l'action *de eo quod certo loco* est un rajoutage maladroit dû aux compilateurs. Quant à l'action *ad exhibendum* qui est incontestablement arbitraire, elle a été ajoutée par les compilateurs pour corser la liste ancienne. La façon de s'exprimer prouve qu'on est en face d'une rallonge : *ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet.*

Que conclure de l'existence très probable de cette liste ancienne où ne figurent que des actions prétoriennes tant *in rem* que *in personam* et parmi ces dernières rien que des actions *in factum* délictuelles? Y a-t-il là quelque indication à utiliser pour la reconstitution de l'histoire des actions à formule arbitraire? Nous serions disposés à le croire.

III

Toutes les actions sont-elles arbitraires?

On présente communément les actions arbitraires comme ayant été établies en vue d'atténuer la rigueur du système des condamnations pécuniaires (1). Quand on se fut aperçu qu'avec la formule on ne pouvait jamais obtenir la chose même qu'on réclamait, mais seulement son équivalent en argent, on chercha à remédier à cet inconvénient. Le remède fut l'insertion dans la formule de la *clausula arbitraria*. Si les choses se sont passées de la sorte, il est tout naturel de se demander comment il se fait que toutes les actions ayant pour objet la réclamation d'un objet autre que de l'argent ne sont pas arbitraires. Qu'on soit devenu créancier d'un corps certain à la suite d'une stipulation ou d'un contrat de bonne foi (vente, *locatio rei*, dépôt, commodat, remise d'un *pignus*), on ne peut obtenir qu'une condamnation pécuniaire (G. IV. 48). L'inconvénient, l'iniquité d'une telle règle sont évidents. Mais le remède semble facile. Il suffirait que la formule contînt la *clausula arbitraria*. Or aucun texte ne

(1) Cf. Girard, *Manuel*[5] p. 1022 ; May, *Eléments*[10] p. 298 (n° 280) ; Sohm, *Institutionen*[14], p. 327-329.

nous permet d'affirmer que la stipulation d'une *certa res* ou le contrat de bonne foi aient été sanctionnés par une action ayant une *formula arbitraria*. Il y a donc là quelque chose d'étrange, une anomalie que nous avons signalée déjà jadis sans l'expliquer (1).

C'est surtout pour les *judicia bonæ fidei* qu'on peut être frappé de l'absence du caractère arbitraire. Voilà des actions où le juge a les pouvoirs les plus larges, où il peut tenir compte de la *bona fides* quand il recherche le bien fondé de l'*intentio* et évalue le montant de l'indemnité pécuniaire à payer au demandeur. Bien plus, si au moment de rendre sa sentence, il apprend que le défendeur d'accord avec le demandeur a fourni à celui-ci toutes les satisfactions en nature qu'on lui réclamait, il doit absoudre le défendeur (G. IV. 114). Cette solution est admise par les Proculiens d'accord en cela avec la secte rivale, parce que dans ces actions l'*officium* du juge est *liberum*. Est-il possible que le même juge n'ait jamais le droit de faire ce que pouvaient faire les parties : arbitrer *ex bono et æquo* les satisfactions, laisser au défendeur un délai pour les fournir et l'absoudre s'il les fournit? A notre sens cela est tout à fait invraisemblable. Aussi serions-nous enclin à penser que l'action de bonne foi était arbitraire sans qu'il y eût besoin de l'insertion d'une *clausula arbitraria*. L'action serait arbitraire *ex officio judicis* et non *ex formula*. Des actions de bonne foi on doit pouvoir dire ce que Justinien a dit de l'action *quod metus causa*, à une époque où il n'y a plus de formule : *ejus natura tacite continetur ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat absolvatur* (Instit. IV, 6 § 27).

Cette façon de parler est tout à fait remarquable. Comparant l'*actio quod metus causa* aux autres actions pénales (*furti*, *damni injuriæ*), les Institutes font remarquer qu'à la différence de ces dernières le défendeur est absous si, exécutant le *jussus* du juge, il restitue la chose au demandeur.

(1) Cf. May, *Eléments*[10], p. 651, note 15. En tout cas, il est surprenant que Gaius IV, 48, après avoir insisté avec force sur l'impossibilité d'avoir la chose en nature ne dise pas que la *clausula arbitraria* permet de remédier à l'injustice de ce résultat.

C'est bien là le propre de l'action arbitraire. Mais le texte signale que cette particularité est de la nature même de l'action, que cette possibilité pour le défendeur d'éviter la condamnation est sous-entendue (1). Un pareil langage n'aurait pu être tenu à l'époque du système formulaire. L'action *quod metus causa* était arbitraire à la condition que sa formule contînt la *clausula arbitraria*. On n'eût pas permis au juge de la suppléer, de considérer que le pouvoir d'*arbitratus* était implicitement contenu dans son *officium*. A l'époque de Justinien, il n'y a plus de formules; l'action *quod metus causa* est arbitraire parce qu'elle l'a été depuis longtemps, depuis le jour très lointain où le juge a reçu dans la formule le pouvoir d'*arbitrium*.

Or, ce que Justinien a dit de l'action *quod metus causa*, pourquoi ne l'aurait-on pas dit, bien avant lui, de l'action de bonne foi? De même que dans le *judicium bonæ fidei*, le juge était autorisé à suppléer l'*exceptio doli*, de même il aurait été implicitement autorisé à indiquer au défendeur les satisfactions équitables à fournir s'il veut éviter la condamnation pécuniaire. Les actions de bonne foi auraient donc été arbitraires tacitement, arbitraires en puissance.

Il n'y a guère que pour l'action *depositi directa* qu'on peut alléguer quelques preuves à l'appui de cette conjecture. C'est d'abord l'existence du sigle N R (*nisi restituat*) dans la formule de l'action *depositi directa in jus*, telle qu'elle est reproduite par Gaius (IV, 47) (2). On a fait observer il est vrai que cette preuve était peu sûre à raison de la place insolite qu'occupent ces lettres, les mots *nisi restituat* devant précéder la *condemnatio* et non pas être placés comme ils le sont ici entre la *condemnatio* et le : *si non paret absolve* (3). Mais qui nous dit qu'ici le scribe n'a pas eu une distraction?

---

(1) La paraphrase de Théophile ne fait que reproduire le texte des Institutes : ἡ γὰρ *metus causa* διενήνοχε τῶν λοιπῶν τοῦτο ὅπερ σιωπηρῶς τῇ φύσει αὐτῆς παρέπεται, etc.

(2) N R dans les fragments de Valerius Probus (Einsiedeln n° 18) est traduit par *non restituetur* (Girard, *Textes*[3] p. 199 et Nouv. Rev. histor. 1910, p. 497).

(3) Cf. Girard, *Manuel*[5] p. 1022, note 4 ; Lenel (Peltier) t. I, p. 2, note 5 ; *Das Edictum perpetuum* (2e éd.) p. 279 note 14, p. 280.

Ayant omis de transcrire le sigle N R là où il fallait, après l'*intentio*, il l'aura, pour réparer son oubli, écrit quelques mots plus loin (1). Les fautes abondent dans le texte au § 48 (2). Pourquoi ne pas admettre que le copiste avait déjà commencé à en commettre au § 47? Certains textes du Digeste confirment la présence de la *clausula arbitraria* dans l'action *depositi directa* (3). Quant aux autres actions de bonne foi, pourquoi n'auraient-elles pas été arbitraires, soit que le magistrat y insérât la clause d'*arbitrium*, soit qu'il laissât au juge la faculté d'user ici de son *officium liberum*? Mais pour les actions de droit strict nous n'avons aucun renseignement.

De tout ceci se dégage cette conclusion que la théorie de l'action arbitraire n'a pas été inventée d'un seul jet comme un remède efficace et général aux inconvénients de la condamnation pécuniaire. Les Romains ont procédé ici comme ils font toujours, par touches successives, par espèces, en s'inspirant des besoins pratiques. Les premiers cas où le préteur permit au juge d'indiquer sous forme d'avis officieux les satisfactions à fournir par le défendeur furent sans doute ceux où la plus élémentaire équité exigeait que le défendeur s'exécutât en nature, ceux où la réclama-

---

(1) La lecture du manuscrit (Cf. Apographum de Studemund) donne : *quidquid ob eam rem NN AA dare facere oportet ex fide bona ejus id judex NN AA condemnato NR si non paret absolvito*. Les éditeurs suppriment *id* comme inutile. C'est un tort. Si on le maintient et si on reporte *NR* là où il devait être, on a la restitution suivante qui est loin d'être invraisemblable : *quidquid ob eam rem NN AA dare facere oportet ex fide bona ejus, id nisi restituat, judex NN AA condemnato si non paret absolvito.*

(2) Le scribe a écrit *condemnation* pour *condemnatio*, *argumentum* pour *argentum* (il n'y a nulle place ici pour *aurum*) et enfin *um* pour *eum*.

(3) C'est d'abord le fr. 1 § 21, Dig. XVI, 3 (Ulp. lib. XXX ad Ed.) où Ulpien citant Neratius écrit : *nec debere absolvi (reum) nisi restituat* et plus loin : *condemnandum te nisi restituas*. Selon Lenel (Peltier, t. II, p. 2; *Das Edictum perpetuum* 2e éd., p. 280) on ne peut pas savoir si les développements d'Ulpien sont relatifs à l'action *in jus* plutôt qu'à l'action *in factum*. Il n'en est pas moins vrai que les termes du texte coïncident singulièrement avec le sigle *NR* du manuscrit de Vérone. Le fr. 22, Dig. XVI, 3 (Marcellus lib. V Digest.) : *condemnandum tamen si res non restituetur* confirme aussi cette opinion. Cf. Sohm, *Institutionem*[14] p. 331 qui admet positivement qu'une action peut être à la fois *bonae fidei* et *arbitraria*.

tion portait sur une chose qu'il était injuste que le défendeur gardât en sa possession, sur une chose qu'il devait rendre, *restituere*, au demandeur. L'idée première et fondamentale de l'*arbitrium*, c'est donc le *restituere*. Puis on a dû voir avec la même faveur le cas où on réclame à quelqu'un d'*exhibere* une chose en vue d'exercer ensuite une action concernant cette chose. L'équité militait parfois en faveur de l'exhibition et l'on créa une action spéciale pour la demander. Il eût été bien illogique qu'après avoir établi cette *actio ad exhibendum*, on ne fournît pas à la partie intéressée le moyen sûr d'obtenir ce qu'elle voulait.

C'est ainsi que dans la pensée des Romains les divers cas d'action avec formule arbitraire se sont polarisés autour des deux notions *restituere* et *exhibere* et se ramènent à deux : les cas de restitution et d'exhibition. C'est pourquoi la procédure *per formulam arbitrariam* se trouve déjà dans les actions *in factum* en quelque sorte délictuelles données à la suite des interdits restitutoires et exhibitoires (G. IV, 140, 157, 162, 163). Comme cette procédure est ancienne (1), on peut conjecturer qu'elle a servi de prototype à tout le développement ultérieur. Désormais *restituere* et *exhibere* sont toujours associés comme étant les cas où on peut obtenir l'exécution en nature sous menace de condamnation pécuniaire (2).

Mais quelque extension que la pratique ait donnée par la suite au mot *restituere*, c'est toujours l'idée originaire exprimée par lui qui a commandé tout le développement de la théorie. Ainsi s'explique pourquoi si l'on a promis de livrer une chose qui n'a pas été déjà dans le patrimoine du créancier et doit précisément y entrer pour la première fois, grâce à l'exécution de l'obligation, comme il ne s'agit pas de restitution, l'action ne sera pas arbitraire (3). L'équité

(1) Girard, *Manuel*[5] p. 1056, note 3.

(2) C'est ainsi qu'on voit Labéon, cité par Pomponius, définir les termes *exhibet* et *restituit*, fr. 246, Dig. L, 16 (Pompon. lib. XVI Epistol.) ; Gaius comparer la *restitutio* et l'*exhibitio*, fr. 22, Dig. L, 16 Gaius lib. IV ad Ed. prov.) ; Ulpien opposer en les rapprochant les deux notions, fr. 9 § 5, Dig. X, 4 (Ulp. lib. XXXIV ad Ed.).

(3) Tel sera le cas de l'action née de la stipulation d'une *certa res*, de l'*ac-*

ne commande plus aussi impérieusement l'insertion d'une *clausula arbitraria*. Le créancier, qu'il s'agît d'une stipulation ou même d'un contrat de bonne foi, ne pouvait obtenir qu'une condamnation pécuniaire. La clause *nisi restituat* ou toute autre s'inspirant d'elle eût paru ici déplacée. Plus tard pourtant, on a admis, au moins pour les contrats de bonne foi, qu'il rentrait dans l'*officium judicis* d'indiquer au défendeur les prestations à fournir en vue d'éviter la condamnation, et dans le cas spécial d'un dépôt ou d'un commodat où la restitution s'imposait avec le plus de force, on a été jusqu'à insérer effectivement dans la formule la clause *nisi restituat*. Mais on n'est pas allé plus loin. C'est ce qui explique semble-t-il pourquoi la théorie des actions dites arbitraires se présente avec un caractère d'inachèvement qui au premier abord est fait pour surprendre.

---

tio emti quand l'acheteur demande la livraison de la chose vendue, de l'*actio conducti* quand le locataire demande qu'on le mette en possession des lieux loués, de l'action *pro socio* où l'associé demande à son coassocié d'effectuer son apport.

Gaston May,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris.

Das sacramentum der legis actio.

(Eine Vermutung).

Paul Friedrich Girard, der Meister, zu dessen Ehrung diese Zeilen einen bescheidenen Beitrag liefern sollen, hat nicht nur zahlreiche Schüler. Er hat Schule gemacht. Wer von den jüngeren Romanisten unserer Tage wollte leugnen, dass er in dieser oder jener Hinsicht Girards Schüler sei. Aber « man vergilt einem Lehrer schlecht, wenn man immer nur der Schüler bleibt ». Das verkennt sicherlich ein Mann am wenigsten, der wie Girard stets den wolverdienten Eigenruhm hinter dem Streben nach wahrer Erkenntnis zurücktreten liess. Darum wird er auch dem Versuch, in einer viel umstrittenen Frage über die von ihm vertretene Ansicht hinaus zu gelangen, seine wolwollende Nachsicht nicht versagen. Gemeint ist die Frage nach der Bedeutung des *sacramentum* im altrömischen Zivilprozesse.

Die ungeahnten Erfolge der neueren Naturwissenschaft haben auch die sogenannten Geisteswissenschaften nicht unberührt gelassen. Nicht an die unerfreuliche Erscheinung ist dabei gedacht, dass man vielfach geneigt wurde, die Bedeutung der Geisteswissenschaften zu unterschätzen, den erprobten Bildungsbegriff und Bildungsgang von Grund aus umzustürzen, der bescheidenen Erkenntnis des Nichtswissens ein selbstbewusstes Alleswissen oder wenigstens wissen wollen entgegenzusetzen. Was ich im Sinne habe, das ist der methodische Fortschritt, der, von den Naturwissenschaften ausgehend, auch den Geisteswissenschaften zu gute kam, die exakte Methode, die unter dem Einflusse der Naturwissenschaft auch in den Geisteswissenschaften zur

Herrschaft gelangte. Ein Vergleich der phantastischen und darum trotz allen Geistes heute fast völlig entwerteten historischen Arbeiten eines Huschke oder selbst Ihering mit den rechtsgeschichtlichen Werken unserer Meister, eines Girard, Lenel, Mitteis, Wlassak überhebt jeder weiteren Begründung. Gleich wie aber die entwicklungsgeschichtliche Tendenz die heutige Naturwissenschaft davor bewahrt, sich « ganz in einem unveränderten Zirkel von Experimenten und Beobachtungen zu verlieren » und die letzten Ziele der Erkenntnis ausser Auge zu lassen, so belebt die Rechtsvergleichung die Fülle des stetig wachsenden Tatsachenmaterials mit neuen Gedanken, lässt sie aus den Trümmern der Ueberlieferung, wenn nicht die Vergangenheit selbst, so doch ein ihr sehr nahe kommendes Surrogat davon vor unserem geistigen Auge wiedererstehen. Nach wie vor behauptet darum Mommsens feinsinnige Beobachtung ihre Geltung, dass die Phantasie « wie aller Poësie, so auch aller Historie Mutter » sei. Die Hypothese kann nicht aus dem Bereiche der Wissenschaft verbannt, sie muss nur in die gebührenden Grenzen gewiesen werden.

Nicht so sehr Frage der Methode als vielmehr des Temperamentes ist es deshalb, ob sich die Forschung im einzelnen Falle « nur an die zweifellos bezeugten Vorkommnisse » halten oder « auf tiefere Ergründung » ausgehen will. Wer den letzteren Weg wählt, wird freilich stets dem begründeten Zweifel begegnen, ob « unsere Quellen auf diesem Wege ein Vordringen bis zu leidlich festen Ergebnissen » gestatten (1). Er wird nur heute darauf hinweisen dürfen, dass manches, was die isolierte Betrachtung des römischen Rechtes im Dunkel liess, inzwischen durch den Vergleich mit anderen Rechtsordnungen in helleres Licht gerückt wurde. In diesem Sinne mag auch der neuerliche Versuch, das über dem *sacramentum* der *legis actio* lagernde Dunkel etwas zu erleuchten, seine Entschuldigung finden, wenn bloss die Untersuchung allezeit gewissenhaft die Grenze

(1) Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts, I, 1871, S. 61, N. 1, eben mit Bezug auf das *sacramentum*.

wahrt zwischen dem, was war, und dem, was nur etwa gewesen sein könnte.

Auszugehen ist jedenfalls von dem, was gewiss ist. Das ist der Sakramentsprozess in der Gestalt, die Gaius in seinem Institutionenwerk überliefert. Dort bezeichnet *sacramentum* eine der fünf Legisaktionen (1), eine Geldsumme (2) und den Akt der Einsetzung dieser Geldsumme (3). Dass das Verfahren als Ganzes und der entscheidende Akt, der Erlag einer Geldsumme, dessen Bedeutung vorerst in Schwebe bleiben muss, mit demselben Namen bezeichnet wurden, ist nicht verwunderlich. Auffallender ist vielleicht schon dieselbe Bezeichnung für den Erlagsakt und für die erlegte Sache. Könnte man darum, vielleicht sogar mit Erfolg, versucht sein, *sacramentum* bei Gaius auch in den Fällen auf den Erlagsakt auszudeuten, wo es die erlegte Summe selbst bezeichnen soll, so liegen doch andere deutliche und unwiderlegliche Zeugnisse (4) dafür vor, dass *sacramentum* im Prozess auch die erlegte Geldsumme selbst bezeichnete. An dem Doppelsinne des *sacramentum* ist darum nicht zu zweifeln. Damit drängt sich die Frage auf, welche Bedeutung die ursprüngliche, ob der Erlagsakt oder sein Objekt der namengebende Teil war. Die Logik der Sprachent-

(1) 4, 12 und 13.

(2) 4, 15 und 16.

(3) 4, 13, 14, 16. Zutreffend verweist Karlowa, Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen, 1872, S 15 f., auf die analogen Wendungen : *poena sponsionis*, *summa sponsionis*.

(4) Varro, De l. l., 5, 180 : *Ea pecunia, quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assum ; qui iudicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat.*

Festus, v. sacramentum, p. 344 M. : *Sacramentum aes significat, quod poenae nomine penditur, sive eo quis interrogatur, sive contenditur. id in aliis rebus quinquaginta assium est, in aliis rebus quingentorum inter eos, qui iudicio inter se contenderent, qua de re lege L. Papiri tr. p. sanctum est his verbis : Quicunque praetor posthac factus erit, qui inter cives ius dicet, tres viros capitales populum rogato, hique tres viri capitales quicunque posthac facti erunt, sacramenta exigunto, iudicantoque, eodemque iure sunto, uti ex legibus plebeique scitis exigere iudicareque esseque oportet. sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est, quod et propter aerari inopiam et sacrorum publicorum multitudinem consumebatur id in rebus divinis.*

wicklung weist auf den Akt als Ausgangspunkt hin und die Etymologie ist geeignet, diese Annahme zu bestätigen.

Man hat es längst verlernt, Varro's etymologische Spielereien ernst zu nehmen. So sicher daher *sacramentum a sacro* ist, so wenig ist doch *sacramentum* gerade als Bezeichnung eine Geldsumme damit erklärt, dass sie in einem *sacrum* deponiert wurde (1). Die Tatsache als solche mag hingenommen werden. Dazu ist es nicht einmal notwendig, Varro's Mitteilung *ad pontem deponebant* durch *ad pontificem deponebant* zu ersetzen oder den *pons* wenigstens als *pons sublicius* zu verstehen und dadurch die Beziehung zu den Pontifizes zu gewinnen (2). Sagt doch Varro selbst ausserdem, dass der Sieger sein *sacramentum e sacro auferebat*, während das des Besiegten *ad aerarium redibat*, weil eben das Aerarium, die Staatskasse, in *sacro* untergebracht war (3). Eben darum konnte aber die blosse Deposition in einem Tempel die Leistung nicht zu einem *sacrum* machen (4). Mit demselben Rechte hätte sonst jede Zahlung an das Aerar *sacramentum* heisen können und müssen. Deshalb verdient vielleicht des Verrius Flaccus (Festus) Bemerkung mehr Beachtung, dass die Bezeichnung aufkam, weil das Geld *in rebus divinis* zur Verwendung gelangte. Sie will überdies vielleicht sagen, dass die Bezeichnung der Geldsumme als *sacramentum* erst später üblich wurde. Daraus würde umgekehrt folgen, dass *sacramentum* ehedem etwas anderes bezeichnet haben und dass auch das *sacramentum* der *legisactio* ursprünglich etwas anderes gewesen sein muss (5).

Es ist zwar wol eine zu kühne Vermutung, den Bedeutungswandel, gestützt auf des Verrius Betonung der *aerarii inopia* und der *sacrorum publicorum multitudo*, gerade in

---

(1) Mit dieser Erklärung bescheiden sich Puchta, *Cursus der Institutionen*, 2, 1842, § 161, S. 71 (10. Auflage, 1, 1893, § 161, S. 470). Bekker, Die prozessualische Consumption, 1853, S. 30, u. a. m.

(2) Mommsen, Römisches Staatsrecht, 2^3, S. 69, N. 1. Karlowa, S. 24.

(3) Vgl. Mommsen, Staatsrecht, 2^3, S. 545 f.

(4) Vgl. Jörs, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, 1, 1888, S. 47.

(5) Danz, *Der sakrale Schutz im römischen Rechtsverkehr*, 1857, S. 156; *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 6, 1867, S. 345 f.

die Zeit des ersten punischen Krieges zu verlegen, die durch diese Umstände charakterisiert sein soll (1). Auch lässt des Gaius Bericht (2) kaum die Deutung (3) zu, dass zur Zeit der Zwölftafeln zwar *sacramento contendebatur*, dass aber die damals bereits nach der Höhe das Streitgegenstandes zweifach abgestufte Geldsumme selbst noch nicht *sacramentum* hiess. Jedenfalls ergibt sich aber aus dem Berichte des Varro sowol als auch aus dem des Verrius wenigstens so viel, dass die Bezeichnung der Geldsumme als *sacramentum* nicht aus dem Begriff und Wesen der Sache geschöpft war, dass nicht die ursprüngliche, etymologische Bedeutung des *sacramentum* für die Bezeichnung der Geldsumme bestimmend war, dass darin bereits eine übertragene Bedeutung gefunden werden muss.

Doch nicht bloss die erst noch zu ermittelnde Grundbedeutung des *sacramentum*, sondern auch die überlieferte Funktion des *sacramentum* im gajanischen Sakramentsprozess weist auf einen entschiedenen Bedeutungswechsel dieses Zentralpunktes unserer Prozessform hin. Die Möglichkeit eines solchen Wandels liegt schon darum nahe, weil gerade dieses Verfahren vermutlich in uralte Zeit zurückreichte und deshalb im Laufe der Jahrhunderte dem Wechsel der Anschauungen Rechnung tragen musste.

Das gajanische *sacramentum* war eine Geldsumme, je nach der Höhe des Streitgegenstandes fünfzig oder fünfhundert Ass, die jeder der beiden Streitteile vor dem Prätor anfänglich einsetzte, später bloss durch *praedes* sicherstellte, um sie als Sieger zurückzuerhalten, als Besiegter endgültig an den Staatsschatz zu verlieren (4). Die Bedeutung dieser Geldleistung charakterisiert Gajus einmal

---

(1) Danz, *Zeitschrift*, S. 346 f.

(2) 4, 14 : *Nam de rebus mille aeris plurisve quingentis assibus, de minoris vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur; nam ita lege XII tabularum cautum erat. At si de libertate hominis controversia erat, etiamsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est.....*

(3) Danz, *Zeitschrift*, S. 349, N. 24.

(4) Gaius, 4, 13, 16.

damit, dass er sie als *poena* bezeichnet (1), sodann dadurch, dass er die Gefahr des Verfahrens jener der *actio certae creditae pecuniae* vergleicht *propter sponsionem qua periclitatur reus, si temere neget...* (2). Sie erscheint damit deutlich als Prozessstrafe, als « Mutwillensstrafe » für ungerechtfertigtes Prozessieren gekennzeichnet (3), nur dass nicht erst und bloss ein strafwürdiger Missbrauch des « Rechtsschutzanspruches », sondern schon der Misserfolg an sich haftbar machte. Erfolghaftung, nicht Verschuldenshaftung. Das *sacramentum* « Strafbusse », « Sukkumbenzgeld » (4).

So klar und folgerichtig das erscheint, so wenig erfreut es sich allgemeiner Zustimmung. Auszuschalten sind hier die Anschauungen, die, von einer bestimmten Auffassung des « prähistorischen » *sacramentum* ausgehend, bewusst oder unbewusst den gajanischen Sakramentsprozess diesem Ausgangspunkt anzupassen bemüht sind und darum abweichenden Auffassungen zuneigen. Denn hier soll gerade umgekehrt von dem gajanischen *sacramentum* als dem festen Pol in der Flucht der Erscheinungen aus versucht

(1) 4, 13; 4, 14.

(2) 4, 13. Ebenso Festus, oben S. 173, N. 4. Pseudo-Asconius ad Cic., or. in Verr. II, 1, 9 § 26 : *Namque cum in rem aliquam agerent litigatores et poena se sacramenti peterent....*

(3) Als solche Prozesstrafe sind auch die πρυτανεῖα des attischen Prozesses anzusehen, die bei gewissen Klagen von beiden Parteien erlegt, aber dem Sieger vom Gegner wiedererstattet werden mussten. Vgl. Meier- Schömann-Lipsius, Der attische Prozess, 2, 1883-1887, S. 799, 809 f. Sie stimmen auch darin mit dem *sacramentum* überein, dass sie, wenn auch das *sacramentum* verhältnismässig sehr viel grösser war, bei dem Satze von Tausend auf das Zehnfache stiegen und in die Staatskasse flossen. Trotz dieser Ähnlichkeit wird man doch nicht an eine Reception des attischen Rechts denken dürfen (Bernhöft, Z. f. vgl. Rechtswissenschaft, 1, 1878, S. 28; Staat und Recht der römischen Königszeit, 1882, S. 229, N. 11). Nicht deshalb, weil das Urteil nicht auf die πρυτανεῖα abgestellt war (Pflüger, Die legisactio sacramento, 1898, S. 22). Denn auch das römische Urteil lautete wahrscheinlich nicht, *utrius sacramentum iustum sit.* Aber wol deshalb nicht, weil der Verfall beider πρυτανεῖα und der Ersatz durch eine Partei an die andere eine grundsätzliche Verschiedenheit ausdrückt, den Charakter der Gerichtsgebühr überwiegen lässt. Vgl. Meier a. a. O.

(4) Puchta, Cursus, 2, 1842, § 161, S. 71 (10. Auflage, 1, S. 470). Muther, Sequestration und Arrest, 1856, S. 132 f. Rudorff, Römische Rechtsgeschichte, 2, S. 21, N. 4. Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozess des gemeinen Rechts, 2, 1865, S. 534. Mommsen, Strafrecht, S. 903, N. 2. u. a. m.

werden, die wahrscheinliche Urbedeutung *des sacramentum* zu erschliessen.

Selbständige Geltung für das gajanische *sacramentum* beansprucht daher eigentlich nur die doch wol von Keller (1) begründete und vielfach noch heute festgehaltene (2) Ansicht, dass dieses *sacramentum* eine « Prozesswette » gewesen sei, dazu bestimmt eine Entscheidung des Gerichtes darüber zu provozieren, *utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit* (3). Dagegen verschlüge es vielleicht nichts, dass die von dem Verlierenden eingesetzte Summe nicht dem Gewinnenden, sondern ausschliesslich dem Aerar zufiel (4). Denn von einer Wette lässt sich auch da sprechen, wo die Wettsumme nicht dem Gewinnenden, sondern einem Dritten zu gute kommen soll (5). Andrerseits vermag diese Wetttheorie zu ihren Gunsten anzuführen, dass « solches Streiten mit eingesetzten Pfändern, *pignore certare* » « in der alten Zeit Roms auch ausser Gericht häufige Anwendung gefunden » zu haben scheint (6). Allein sie steht und fällt mit der Annahme, dass das Gericht nicht in der Sache selbst, sondern bloss darüber zu entscheiden hatte, « wessen Wette gut und wessen dagegen verloren und verfallen sei » (7). Denn sonst ist es bloss ein Streit um Worte, ob man die Summe, die der Unterliegende wegen seines Misserfolges an den Staatsschatz zu zahlen hatte, Strafgeld oder Wettsumme nennen will. Gerade diese Annahme scheint jedoch haltlos geworden zu sein, nachdem einmal erkannt ist, dass sie der von Gaius ausdrücklich (8)

(1) Über Litiskontestation und Urteil, 1827, S. 189 ff. Keller- Wach, Der römische Zivilprozess, sechste Ausgabe, 1883, S. 13, § 57 f.

(2) Literatur bei Danz, Zeitschrift, 340 f.

(3) Keller- Wach, S. 61, N. 201.

(4) Rudorff in der Vorrede zum Berliner Lektionskatalog für das Wintersemester 1850/51. Stintzing, Ueber das Verhältnis der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis, 1853, S. 2 f. Muther, Sequestration, S. 132.

(5) A. S. Schultze, Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung, 1883, S. 445.

(6) Bekker, Die processualische Consumption, 1853, S. 30.

(7) Keller- Wach, S. 61.

(8) 4, 48.

für den Legisaktionenprozess bezeugten *condemnatio in rem ipsam* widerstreitet, und dass das einzige ernstlich für diese Auffassung in Betracht kommende Zeugnis (1) ganz wol bildlich verstanden werden kann (2). Dazu kommt schliesslich ein innerer und vielleicht zugleich der durchschlagendste Grund. Wozu der künstliche und gezwungene Umweg, warum die Nebensache, die Geldsumme, zur Hauptsache gemacht, die Hauptsache, das streitige Recht, zur Nebensache, weshalb die Frage, ob und in wieweit die eine oder andre Partei recht habe, ihrer Entscheidung überlassen, nachdem und wenn schon einmal der Staat sich veranlasst sieht, dem verletzten Rechte seinen Rechtsschutz zu gewähren? (3).

Darf demnach wol die Bedeutung des *sacramentum* als Prozessbusse wegen ungerechtfertigter Prozessführung für den gajanischen Sakramentsprozess als sicher angenommen werden, so ist es doch nicht weniger sicher, dass das nicht der ursprüngliche Zustand gewesen sein kann. Wie überhaupt, so muss auch hier die Geldbusse als Surrogat, als Ersatz einer andern Rechtsfolge eingetreten sein. Denn Busse und Geld sind erst Produkte einer relativ späten Entwicklung.

Die Busse mag älter gewesen sein als das Metallgeld und darum ursprünglich als Viehbusse zu denken, auch mögen diesen « Strafgeldern » anfänglich die Opfertiere entnommen, später deren Kosten damit bestritten worden sein (4). Auch diese Annahme führt nur einen Schritt weiter ins Dunkel, nicht bis zum Ausgangspunkt der Entwicklung. Die Busse ist dem Gange der allgemeinen Entwicklung nach nur als Ablösung einer anderen älteren Prozesswirkung

(1) Cicero, pro A. Caecina, 33, 97 : ... *Cotta decemviris religionem iniecisset non posse nostrum sacramentum iustum iudicari, quod Aretinis adempta civitas esset... postea re quaesita et deliberata sacramentum nostrum iustum iudicaverunt...*

(2) Jobbé-Duval, *Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, 1, 1896, S. 20 f. Zustimmend Mitteis, Römisches Privatrecht, 1, S. 30, N. 16.

(3) A. S. Schultze, Privatrecht und Prozess, S. 445 f.

(4) Mommsen, Staatsrecht, 2^3, S. 68, N. 5; S. 69, N. 3; 3, S. 1127; Strafrecht, S. 903.

denkbar. Dass sie nicht zum ursprünglichen Bestande des Sakramentsprozesses gehört, scheint namentlich ein auffallender Umstand zu beweisen. Das von Gaius geschilderte Prozessritual hatte keinen Raum für den Erlag des *sacramentum* oder für die Versicherung des Erlages durch *praedes*. Gaius berichtet nur (1), dass, aber nicht, wann, wo und wie das geschah (2). Es erübrigt nur die Annahme, dass dieser Vorgang aus dem Gange des eigentlichen, formellen Prozessverfahrens herausfiel. Das ist aber bloss denkbar, wenn er späterer Zusatz war, unmöglich, wenn er von jeher das entscheidende Kriterium des geordneten Verfahrens gewesen wäre.

Damit ist der unsichere Boden der Hypothese betreten und an mehr oder weniger gewagten Vermutungen ist hier kein Mangel. Um mit der unwahrscheinlichsten zu beginnen, so ist es zwar kaum zu bezweifeln, dass auch in Rom einmal aller Streit ohne Mitwirkung der staatlichen Obrigkeit durch die Parteien selbst eigenmächtig geschlichtet wurde, dass sich auch hier einmal aller Rechtsschutz in der Selbsthilfe erschöpfte. Aber zwischen dieser Annahme und der Vermutung eines gerichtlichen Zweikampfes, in dem der Kämpfende kraft des vor Gericht geleisteten Eides (*sacramentum*) den Gegner ebenso straflos töten mochte wie der Soldat kraft seines Fahneneides (*sacramentum*) den Feind (3), gähnt eine weite Kluft, die sich durch das *manum conserere* der Vindikation schon darum nicht überbrücken lässt, weil diese Form der Vindikation zwar mit dem *sacramento contedere* verbunden sein konnte, aber eine damit ganz und gar nicht identische Prozesshandlung darstellte (4).

Nur eine leere Vermutung ist es auch, dass der Streit

(1) 4, 13; 16.

(2) Das ist natürlich längst bemerkt, aber nirgends befriedigend erklärt. Vgl. R. Stintzing, Über das Verhältnis, S. 8. Danz, Der sakrale Schutz, S. 167; Zeitschrift, S. 367 f. Muther, Sequestration, S. 134. Hugo Krüger, Geschichte der capitis deminutio, 1887, S. 220 f. 226, u. a. m.

(3) Asverus, Ueber die legis actio sacramenti, 1837, S. 19 f., S. 31 f., 45, 46 f.

(4) Puchta, Cursus, 2, § 161, S. 77 f. (10. Auflage, 1, S. 470 f.).

ehedem durch Gottesurteil entschieden wurde, und dass das *sacramentum* daher die Abfindungssumme darstellte, die der Gottheit nunmehr entrichtet werden musste, weil sie die Entscheidung des Rechtsstreites durch Menschen duldete (1). Ganz abgesehen davon, dass diese phantastische Annahme jeder realen Grundlage entbehrt, lässt sie unerklärt, warum gerade nur die eine Partei, nicht auch die andere und vor allem nicht Magistrat und Judex sühnepflichtig wurden, da sich alle und diese in erster Linie anmassten, was bisher Sache der Gottheit war (2).

Nicht mehr Glauben verdient desselben Autors (3) andere Vermutung, das *sacramentum* sei eine Entschädigung der Götter dafür, dass der Pontifex seine Zeit ihrem Dienst entzog, um sie den streitenden Parteien zu widmen. Sie hat jeden Boden verloren, seitdem die Annahme eines « geistlichen Gerichtes », die durch nichts begründete Vermutung ziemlich allgemein aufgegeben ist, dass es ursprünglich Sache der Pontifices gewesen sei, als Richter in Privatprozessen zu fungieren.

Festeren Boden betreten jene, die durch Anlehnung an die historisch beglaubigte Bedeutung des *sacramentum* als Eid eine Erklärung für den älteren Sakramentsprozess zu gewinnen trachten. Immerhin fehlen auch dafür feste Anhaltspunkte und zeigt sich daher auch innerhalb dieser Anschauung ein lebhafter Widerstreit der Meinungen. Bald soll das *sacramentum* der Eid sein, der eine richterliche Entscheidung überhaupt erst provozierte, bald Beweiseid, bald eidliches Parteiurteil, bald Gefährdeeid.

Von der gewiss zutreffenden Annahme ausgehend, dass ursprünglich jede Klage Deliktsklage war, meinte man, sich den Privatrechtschutz ursprünglich in das Gewand einer durch den Meineid des einen oder andern Teiles begründeten Deliktsklage gekleidet denken zu müssen. Wenn jeder der beiden Teile beschwor, dass die im Streite verfangene Sache ihm gehöre, sein Eigentum sei, musste

(1) Ihering, Vorgeschichte der Indoeuropäer, 1894, S. 436.
(2) Eisele, Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte, 1896, S. 216 f.
(3) Ihering, Geist des römischen Rechts, 1[6], 1907, S. 298.

auf der einen oder andern Seite ein Meineid geleistet werden, der die Obrigkeit als Vertreterin der im Eid angerufenen Gottheit veranlasste, gegen den Missetäter einzuschreiten, die Sühne des Meineides zu verlangen und zugleich einen staatlichen Richterspruch « mit höchster exekutiver Wirkung über ein in strenger Weise öffentlich im Widerstreit formell eigenmächtig geltend gemachtes Recht » zu fällen (1). Es erscheint jedoch in der Tat als ein « abenteuerliches Mittel », « in jeder einfachen Zivilstreitsache zunächst das schwerste Verbrechen gegen Menschen und Götter herbeizuführen, lediglich, damit durch dies erzwungene Verbrechen die Möglichkeit gegeben werde, einen Richter zu finden, der nun durch die Bestrafung des Verbrechers mittelbar auch seine Ansicht über das streitige Privatrecht zu erkennen geben müsse » (2).

Dieser unnatürliche Zwang zum Meineid stellt sich auch der Auffassung des *sacramentum* als assertorischer, als Beweiseid hinderlich in den Weg. An sich erschiene « ein assertorischer Eid, durch welchen man mit Anrufung einer Gottheit seinen vor der Obrigkeit behaupteten Anspruch oder dessen Ableugnung gegen die Bestreitung zur öffentlichen Geltung zu bringen suchte, und also das, was man bisher nur selbst behauptet hatte, nun *per deum* behauptete » (3), durchaus sachgemäss. Auch wäre vielleicht kein Gewicht darauf zu legen, dass das *sacramentum* in seiner normalen Verwendung als Fahneneid nicht assertorisch, sondern promissorisch war (4).

Darüber lässt sich mit der Erwägung hinwegkommen, dass nicht der Umstand, ob der Eid assertorisch oder promissorisch war, sondern die mit dem Eid verbundene *sacratio* den Eid zum *sacramentum* machte, mochte sein Gegenstand eine Behauptung oder ein Versprechen sein (5). Eher

(1) Huschke, Die Multa und das Sakramentum, 1874, S. 383.
(2) Schultze, Privatrecht und Prozess, S. 511.
(3) Huschke, Multa, S. 377 f.
(4) Rudorff, Rechtsgeschichte, 2, § 21, Anmerkung, S. 81. M. Voigt, Münchener Kritische Vierteljahrsschrift, 19, S. 138.
(5) Eisele, Beiträge, S. 219.

stimmt es bedenklich, dass beim *sacramentum* der *legis actio*, mag auch der Urteilsspruch nicht darauf abgestellt gewesen sein, stets nur betont wurde, dass es *iustum* sein müsse, nicht *iniustum* sein dürfe, niemals, worauf es doch gerade beim Beweiseid in erster Linie ankommen müsste, ob es *verum* oder *falsum* sei (1). Durchschlagend ist aber vor allem der Eideszwang für beide Teile, der unerlässliche Voraussetzung des Richterspruches gewesen sein soll und der einen Meineid auf der einen oder andern Seite notwendig bedingen würde. Diesem Einwande lässt sich nicht damit begegnen, dass man zwischen Meineid und Falscheid, zwischen bewusst und unbewusst, zwischen subjektiv und objektiv falschem Eid unterscheidet (2). Wäre das richtig, so hätte in jedem einzelnen Falle zunächst untersucht werden müssen, ob der falsch Schwörende das wissentlich oder unwissentlich getan habe. Tatsächlich trat aber der Verfall des Sakramentes in jedem Fall ein (3). Auch stünde diese Unterscheidung in Widerspruch mit dem das älteste Recht überhaupt und zweifellos auch das älteste römische Recht beherrschenden Grundsatze der Erfolghaftung, die zwischen Meineid und Falscheid keinen Unterschied macht (4).

Vor diesem Dilemma rettet schliesslich auch nicht der geistreiche Versuch (5), das *sacramentum* des Gegners als Eidesschelte zu deuten. Vorerst zugegeben, dass es zuerst Sache des Beklagten gewesen sei, zu schwören, so hätte dieser sein Eid den Zweck gehabt, das Recht des Beklagten zu erhärten (6). Sache des Klägers wäre es dann gewesen, den Eid, noch ehe er geleistet, sofort, nachdem der Beklagte die Aufforderung zum Eid angenommen hatte, zu schelten, indem er

---

(1) Voigt, S. 138. Gaius, 4, 13 : ... *Eaque actio proinde periculosa erat falsi... atque hoc tempore* etc. kann wegen der unsicheren Lesart nicht in Betracht kommen.

(2) Danz, Der sakrale Schutz, S. 167 f. Eisele, Beiträge, S. 220 f.

(3) Karlowa, Der römische Zivilprozess, S. 19.

(4) Mommsen, Strafrecht, S. 85. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895, S. 62 f.

(5) Pflüger, Die legis actio sacramento, 1898, S. 52 ff.

(6) Pflüger, S. 50.

sich bereit erklärte, dem Eide des Beklagten sein eignes *sacramentum* entgegenzusetzen. Darum die Aufforderung des Beklagten, darum beiderseitige Eidesleistung, wenn beide Teile festblieben (1).

Die Annahme steht und fällt damit, dass erst der Beklagte, dann der Kläger schwören musste, dass die Reihenfolge nicht etwa umgekehrt war (2). Schon das ist misslich, weil dafür nur die zweideutige Mitteilung des Gajus (3) vorliegt, dass der Vindikant in der *legis actio sacramento in rem* an den Beklagten die Worte richtete : ... *sacramento te provoco*, wo « *sacramento* » Dativ oder Ablativ sein kann. Der Ablativ (4), sollte man meinen, würde den Eid des Klägers, der Dativ (5) den des Beklagten an erste Stelle rücken. Vielleicht ist aber die Mittelmeinung (6) am ansprechendsten und überzeugendsten, die zwar « *sacramento* » als Ablativ ansieht, doch in dem Sinne, dass der Beklagte nicht durch Leisten des Eides, sondern durch Vorsprechen der Eidesformel zum Eide herausgefordert werden sollte. Dafür spricht namentlich die Analogie des *sponsione provocare*, das gerade Gaius (7) in diesem Sinne verwendet. Damit entfällt zugleich der Einwand, dass das Vorsprechen des Eides nicht Sache der Partei, sondern der Obrigkeit gewesen sei. Der Einwand wiegt schon deshalb nicht schwer, weil das analoge *praeire* (*sacramento*, *iureiurando*) ebenfalls nicht bloss von der Obrigkeit, sondern auch von den Parteien geübt wurde (8). Endlich begegnet derselbe

---

(1) Pflüger, S. 52.

(2) Pflüger, S. 51.

(3) 4, 16.

(4) Stintzing, Über das Verhältnis der legis actio sacramento, S. 7. Danz, Der sakrale Schutz, S. 175 ff. Karlowa, Der römische Zivilprozess, S. 16. Puntschart, Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer, 1872, S. 167 ff. u. a. m.

(5) Keller-Wach, Der römische Zivilprozess, 6. Ausgabe, § 13, N. 195.

(6) Huschke, Multa, S. 362, N. 21. Zustimmend Muther, Sequestration, S. 131 f. Pflüger, S. 52; der Sache nach auch H. Krüger, Geschichte der capitis deminutio, S. 215.

(7) 4, 93. Vgl. auch Macrob., Sat., 2, 13.

(8) Vgl. Livius, 8, 9; 31, 17. Val. Max., 4, 1, N. 10. Sueton, Claud., 22. Tacitus, Hist., 1, 36; 2, 74. Plautus, Rudens, 5, 2, 47.

Sprachgebrauch in andern Wendungen wie *sacramento adigere* (1) und *sacramento rogare* (2).

Soweit stünde alles gut. Allein mag zum *sacramentum* oder durch *sacramentum* oder durch *sacramentum* zum *sacramentum* provoziert worden sein, immer bleibt noch fraglich, ob das *sacramentum* geleistet wurde für die Wahrheit oder Unwahrheit der eigenen oder des Gegners anfänglicher oder einer späteren Behauptung oder Bestreitung, wie auch, auf welchen Umstand sich das gegnerische *sacramentum* bezog (3). Nach den von Gaius mitgeteilten Formeln, die so auf einander gebaut sind, dass die eine die andre voraussetzt, scheint jedenfalls das *sacramentum* des Klägers für, das des Beklagten gegen die Behauptung des Klägers streiten zu wollen (4) : *quando tu iniuria vindicavisti* (5). Damit erscheint nicht so sehr die Rechtsfrage, die Frage, wem das geltend gemachte Recht zustehe, als vielmehr die in der Vindikation des Gegners gelegene *iniuria* als das entscheidende Merkmal gekennzeichnet, das für den Eintritt der Sakramentswirkung massgebend sein soll.

War aber das *sacramentum* nicht Beweiseid, so ist damit auch der Eidesschelte der Boden entzogen, die doch nur dem Beweiseide gegenüber am Platze wäre (6). Auch abgesehen davon scheint die Annahme der Eidesschelte für das römische Recht auf Sand gebaut zu sein. Man könnte sich allerdings damit abfinden, dass hier die Eidesschelte selbst wieder die Form eines Eides gehabt hätte. Denn war zwar im germanischen Rechte, dessen Analogie die römische Eidesschelte stützen soll, deren regelmässige Form das Gottesurteil, das Ordal des Zweikampfes (7), so ging doch auch hier dem Gottesurteil ein Eid des Klägers voraus, war auch hier das Gottesurteil im allgemeinen nicht selbst Beweismittel, son-

(1) Livius, 4, 5, 2; 7, 9; 9, 29, 4. Cicero, de off., 1, 11. Gellius, 4, 16.

(2) Livius, 32, 26. Caesar, b. G., 6, 1, 2.

(3) Lotmar, Zur legis actio sacramento in rem, S. 54.

(4) 4, 16.

(5) Lotmar, S. 54, 56, 59.

(6) Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 2, S. 373 f., 418, 434 f.

(7) Brunner, 2, S. 373 f. 418. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 5. Auflage, 1907, S. 89, N. 24, 373, N. 26, 375.

dern nur Verstärkung eines Eides (1). Es wäre daher wol denkbar, dass in Rom das « barbarische Mittel » des Zweikampfes « schon in der Königszeit überwunden » wurde, dass der Eid des Klägers auch ohne nachfolgendes Gottesurteil durch gerichtlichen Zweikampf die Bedeutung der Eidesschelte besass (2). Immerhin bliebe das Bedenken, dass die germanische Eidesschelte die Entscheidung : *cuius sacramentum iustum sit*, in sich trug, während die römische nun erst recht die Untersuchung der Gerichtsobrigkeit erforderte (3). Die römische Eidesschelte erschiene nur als eine andre Form des Gedankens, dass der Doppeleid der Parteien den Zweck hatte, eine gerichtliche Entscheidung zu provozieren. Sie ist daher aus den zuvor dagegen geltend gemachten Gründen abzulehnen. Sie vermeidet endlich auch nicht den unwahrscheinlichen Zwang zum Meineid. Denn auch hier müssten beide Teile schwören, wenn anders ein gerichtliches Urteil erzielt werden soll. Vor allem aber müsste es wunder nehmen, dass ein Institut von so einschneidender Bedeutung, wie es die Beweisschelte wäre, im späteren Rechte vollständig verschwunden wäre, ohne die leiseste Erinnerung daran in der Struktur des Prozesses und im Gedächtnisse der Historiker zurückzulassen.

Was sich gegen die Auffassung des *sacramentum* als Eid mit nachfolgender Eidesschelte einwenden lässt, das trifft im Wesentlichen auch gegenüber der Erklärung des *sacramentum* als eidliches Parteiurteil mit anschliessender Urteilsschelte (4) zu. Sie schreibt dem *sacramentum* die Funktion des späteren *ius iurandum in iure delatum* zu, das nicht bloss gelegentlich geradezu *sacramentum* genannt wird (5), sondern auch denselben Inhalt, « urteilsmässige nackte Bejahung oder Verneinung des Rechts » (6), und dieselbe

(1) Schröder, S. 378, N. 52.
(2) Pflüger, S. 53.
(3) Pflüger, S. 53 f.
(4) A. S. Schultze, Privatrecht und Prozess, S. 486, 509.
(5) C., 4, 1, 8.
(6) *Rem meam esse* u. a. m. : C., 4, 1, 9, § 7; 11; 9, § 5 u. 6; 3, § 2; 13 pr.; 30, § 4.

Wirkung des rechtskräftigen Endurteils (1) gehabt habe. Allein es ist eine unbewiesene und anscheinend unzutreffende Annahme, dass das *sacramentum* der *legis actio* Beweiseid war. Ueberdies fehlt eine zureichende (2) Erklärung für den Uebergang vom zweiseitigen *sacramentum* zum einseitigen *ius iurandum in iure*.

Näher als der Beweiseid steht dem *sacramentum* vielleicht der Gefährdeeid (3). Die *poena temere litigantium* nahm im römischen Zivilprozess einen breiten Raum ein und trat in der verschiedensten Gestalt auf (4). Insbesondere trug auch die *sponsio* und *restipulatio tertiae partis* der *actio certae creditae pecuniae*, die vermutlich (5) schon mit der *legis actio per condictionem* verbunden war, diesen Charakter an sich (6). Darum verdient es besondere Beachtung, dass Gaius (7) die Gefahr des *sacramentum* mit der dieser *sponsio* vergleicht. Denn hat er dabei selbstverständlich auch nur das *sacramentum* in seiner späteren Bedeutung als « Sukkumbenzgeld » im Auge, so deutet doch nichts darauf hin, dass das *sacramentum* im Laufe der Zeit mit seiner Form auch seinen Zweck verändert habe, dass die Bestimmung des alten *sacramentum* eine andre gewesen sei als die der später so genannten Prozessbusse.

Einen Beweis für die Ursprünglichkeit dieser Bedeutung des *sacramentum* kann man namentlich darin erblicken, dass die Frage der « mutwilligen Prozessführung » auch noch später nicht auf das subjektive Moment des Verschuldens, sondern auf das objektive Kriterium des Prozessverlustes abgestellt war, dass hier auch noch später nicht die böse Absicht, sondern der Erfolg entschied (8). In diesem Sinne trifft die Formulierung (9), « die *sponsionis summa*

(1) Schultze, S. 512 f.
(2) Nicht überzeugend Schultze, S. 514 f.
(3) Eisele, Beiträge, S. 22 f.
(4) Vgl. Keller-Wach, § 58.
(5) Vgl. Mayr, Die condictio, 1900, S. 27 ff.
(6) Gaius, 4, 13.
(7) 4, 13.
(8) Vgl. Mommsen, Strafrecht, S. 903, N. 2.
(9) Puchta, Cursus, 1[10], § 161, S. 474.

ist in der Tat nur das verweltlichte *sacramentum* », das richtige, wenn man nur auf den dabei mitschwingenden Gedanken an den ursprünglich sakralen Charakter des altrömischen Prozesses verzichtet.

Eine nicht unwesentliche Stütze erfährt diese Auffassung durch die Rechtsvergleichung. Auch im attischen Prozesse wurden zu Beginn des Verfahrens beide Parteien, der Kläger auf seine Klage, der Beklagte auf seine Antwort vereidet. Dieser aus « Voreid » (προωμοσία) und « Widereid » (ἀντωμοσία) zusammengesetzte « Doppeleid » (ὀμωμοσία) (1) war nichts anderes als ein Gefährdeeid (2). Ganz ebenso wurde nach manchen germanischen Rechtsordnungen (3) die der *legis actio sacramento in rem* entsprechende Anfangsklage durch Voreid und Widereid der beiden Parteien eingeleitet (4), die auch hier die Bedeutung von Gefährdeeiden hatten (5). Zumindest ein eigentümlicher Zufall wäre es darum, dass gerade dieser auch dem römischen Formularprozess bekannte (6) Gefährdeeid, der im justinianischen Prozess jedesmal sofort nach Beginn des Verfahrens von beiden Parteien und von ihren Anwälten geleistet werden musste (7), auch als *sacramentum* bezeichnet wird (8).

---

(1) Vgl. Meier-Schoemann-Lipsius, Der attische Prozess, S. 825 f.

(2) Vgl. Meier, S. 826, N. 178. Dagegen bemerkt Pflüger, S. 17 f., mit Recht, dass Danz, Jahrbuch des gemeinen Rechts, 5, S. 88-93, verschiedene Dinge zusammenwerfe, wenn er die πρόκλησις τοῦ ὅρκου , die unter Umständen ebenfalls zu einem Doppeleid und im Anschluss daran zu der Entscheidung führte, πότερος εὐορκεῖ τῶν κρινομένων (vgl. Meier, S. 898 f.), auf die ὀμωμοσία beziehe und darin eine Analogie zur römischen *sacramento provocatio* finde. Denn die πρόκλησις war das Anbieten und Fordern von Eiden mangels anderer Beweise oder auch die eidliche Entscheidung des ganzen Rechtshandels ohne weiteren Prozess und in diesem Fall anscheinend stets « Eineid » (vgl. Meier, S. 901 f.), also nicht dem *sacramentum*, sondern eher dem *ius iurandum in iure* vergleichbar.

(3) Lex Ribuaria, 33, 1, u. a. m.

(4) Vgl. Sohm, Der Prozess der lex Salica, 1867, S. 73 f. Brunner, 2, S. 501, N. 42.

(5) Brunner, 2, S. 496, N. 2. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, 1, 1879, S. 833.

(6) Vgl. bloss Gaius, 4, 172, 176, und dazu Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozess des gemeinen Rechts, 2, 1865, S. 534 f.

(7) C., 2, 58, 2. 3, 1, 14. Inst., 4, 16, 1 und dazu Hitzig, Pauly-Wissowa Realenzyklopädie, 3, 1, v. *calumnia*.

(8) C., 2, 58, 2 §§ 3, 4, 5.

Erschiene demnach die Ausdeutung des *sacramentum* als Gefährdeeid durchaus einleuchtend, so entsteht doch sofort die Frage, warum dieser Eid durch ein Sukkumbenzgeld ersetzt wurde.

Dass *sacramentum* im nicht juristischen Sprachgebrauch Eid bedeutete, steht ausser Frage (1). Ebenso sicher hat das *sacramentum* der Gajanischen *legis actio* nicht die Bedeutung des Eides (2). Die Frage kann daher nur sein, ob etwa der Eid die ursprüngliche ausschliessliche Bedeutung von *sacramentum* repräsentiert, so dass die der Prozessbusse notwendig von ihr abgeleitet sein muss.

Die zuverlässigste Antwort darauf müsste die Etymologie geben, die in der Regel ein sicherer Wegweiser zur Erkenntnis des ursprünglichen Wesens der Sache ist (3). Als Nomen auf — *mentum* von *sacrare* (4), weihen, gebildet, wie *ornamentum*, *velamentum*, *alimentum* von *ornare*, *velare*, *alere* (5), bezeichnete *sacramentum* anscheinend wie alle diese Nomina (und zwar im allgemeinen mit grösserer Bestimmtheit als die mit — *men* gebildeten) das Mittel oder Werkzeug (6) der Weihe, eine Handlung, durch die man sich selbst oder sein Hab und Gut *sacer* machte. Das kann durch Anrufung der Gottheit, durch Weihe an die Gottheit, kann aber vielleicht auch in andrer Weise (7), anscheinend (8) aber jedenfalls nur durch einen von Staatswegen sanktionierten Akt geschehen sein.

---

(1) Festus, v. *sacramento*, p. 344 M. : *Sacramento dicitur quod iuris iurando sacratione interposita actum est...*

(2) Man darf sich dafür, wie alsbald zu zeigen sein wird, nicht auf die Verbindung « *quingenario aeris sacramento te provoco* » (4, 16) berufen (P. Krüger bei Puchta, Cursus, 1^{10}, § 161, S. 471, N. 1). Dagegen sind wol Wendungen wie *summam sacramenti* (4, 13) u. a. m. vollauf beweisend.

(3) Ebenso schon Eisele, Beiträge, S. 218.

(4) Dazu Walde, Lateinisches etymologisches Wörterbuch, 2. Auflage, 1910, S. 668, v. *sacer*.

(5) Stintzing, Ueber das Verhältnis, S. 10, Note.

(6) Vgl. Corssen, Kritische Nachträge zur lateinischen Formenlehre, 1866, S. 124 f. Stolz, Historische Grammatik der lateinischen Sprache, 1^2, 1895, S. 498.

(7) Vgl. Stintzing, S. 10 f.

(8) Vgl. Festus, v. *sacer mons*, p. 319 M. Cicero, pro domo, 53, 173. Gaius, 2, 5.

Als sicher darf daher zunächst soviel gelten, dass die Bedeutung des Eides den Begriff des *sacramentum* nicht erschöpfte. Umgekehrt ist nicht zu übersehen, dass der Eid wie als *sacramentum* so auch als *iusiurandum* bezeichnet wurde. Nicht jeder Eid war demnach ein *sacramentum*, nicht jedes *sacramentum* ein Eid. Gerade der gerichtliche Eid hiess regelmässig *iusiurandum*, nur ausnahmsweise *sacramentum*. Technische Verwendung fand *sacramentum* als Eid für den Fahneneid der Soldaten (1). Das charakteristische Merkmal aber, das das *sacramentum* vom *iusiurandum* unterschied, war darum wol die *sacratio* (2), die Weihe, die das Wesen des *sacramentum* ausmachte und durch Eid geschehen, mit einem Eid verbunden sein konnte, aber nicht musste.

Der Unterschied springt in die Augen, sobald die Folgen des Meineides erwogen werden. Den Meineid als solchen strafte das römische Recht nicht. *Periurii poena divina exitium, humana dedecus* (3), womit die zensorische Rüge gemeint sein dürfte (4). Wer dagegen ein *sacramentum* brach, beging ein *nefas* (5), wurde *sacer* (6). Er war verflucht und hatte den Tod verdient (7).

Damit scheint nun allerdings die Brücke zu dem alten *sacramentum* der *legis actio* gefunden. Eid und Prozesssakrament waren nicht identisch. Dagegen spricht schon die verschiedene Phraseologie, deren man sich für beide bediente (8). Aber sie enthielten doch wol ein gemeinsames

---

(1) Livius, 22, 38. Servius, Ad Aen., 8, 1. 7, 693. Cicero, De off., 1, 11. Zahlreiche weitere Belegstellen bei Huschke, Multa, S. 369 f. u. a. m. Zur Sache namentlich Mommsen, Staatsrecht, 1^3, S. 622; 2^3, S. 792 f.

(2) Huschke, Multa, S. 371 f. Karlowa, Zivilprozess, S. 27 ff. Cuq, bei Daremberg-Saglio, Dictionnaire des antiquités, 5, 1908, p. 951, v. *sacramentum*.

(3) Cicero, De leg., 2, 9, 22. Ebenso noch C., 4, 1, 2.

(4) Mommsen, Staatsrecht, 2^3, S. 380; Strafrecht, S. 681, N. 4.

(5) Seneca, Ep., 95, 35.

(6) Macrob., Sat., 3, 7, 5.

(7) Dion. Hal., 2, 10; 11, 43.

(8) Eid : *sacramento adigere* Livius, 4, 5, 2. 7, 9, 6. 7, 11, 5. 9, 29, 4. 9, 43, 4. 10, 4, 3. 10, 21, 4. Tacitus, Ann., 1, 37; Hist., 3, 58. Sueton, Galba, 16, 2. u. a. m. *sacramento rogare* : Caesar, b. G. 6, 1, 2. Livius, 40, 26, 7; 35, 2, 8.

Element, die *sacratio*. Nicht als ob die *sacratio* als ein besonderer Akt neben dem Eide zu denken wäre (1). Aber etwas nicht jedem Eid eigentümliches, etwas besonderes ist damit gemeint, das umgekehrt nicht an die Form des Eides gebunden war, auch in andrer Gestalt wirksam werden konnte.

Man ist gewohnt, mit der Vorstellung des Eides die Anrufung der Gottheit unzertrennlich verbunden zu denken. Das ist jedoch nicht das ursprüngliche. Der Eid — die Urbedeutung der mit diesem Sinn ausgestatteten indogermanischen Wörter ist noch nicht sicher ermittelt (2) — ist der Sache nach « Gewährleistung für die Verlässigkeit des eigenen Wortes durch Einsatz eines Gutes für dessen Wahrheit » (3). Die Anrufung der Gottheit ist dem heidnischen Eid nicht wesentlich. Das war nicht bloss germanisches (4), sondern anscheinend ebenso ältestes griechisches und römisches Recht (5). Wenn auch schon die homerischen Helden bei den Göttern schworen (6), so kam doch zumindest daneben auch der Schwur beim Hausherde (7), beim « gastlichen Tische » (8) und bei andern Dingen (9) vor, wodurch der Schwörende die Heimat- und Schutzlosigkeit,

---

Quint., Decl., 3, 3 u. a. m. *sacramento dicere* : Livius, 4, 53, 2. Plin., Ep., 10, 29, 2. *sacramentum dicere* : Caesar, b. c., 1, 23, 5 ; 4, 28, 2 u. a. m.

Prozesssakrament : *sacramenta exigere*, *iudicare* : Festus, p. 344, 33. Cicero, De domo, 29, 78. *sacramento provocare* : Gaius, 4, 16. *sacramento contendere* : Cicero, De or., 1, 10, 42 ; Epist., 7, 32, 2. Valerius Max., 7, 7, 2 ; 8, 2. *sacramentis petere* : Cicero, Pro mil., 27, 74.

(1) Dagegen schon Danz, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 6, S. 350 f. Huschke, Multa, S. 370, N. 49.

(2) Vgl. O. Schrader, Reallexikon der indogermanischen Altertumskunde, 1901, S. 165, v. Eid.

(3) Amira, Grundriss des germanischen Rechts. Der zweiten verbesserten Auflage zweiter Abdruck. Sonderabdruck aus der zweiten Auflage von Pauls Grundriss der Germanischen Philologie. 1901. S. 164.

(4) Amira, S. 164.

(5) Vgl. Hirzel, Der Eid, 1902, S. 14 f.

(6) Ilias, 19, 258. 3. 276 u. a. m. bei Lasaulx, Ueber den Eid bei den Griechen, Würzburg, 1844 (Vorlesungsprogramm), S. 54 f.

(7) Od., 19, 304.

(8) Od., 14, 158. 17, 155. 20, 230.

(9) Vgl. Lasaulx, S. 7.

mit einem Worte die Friedlosigkeit auf sich herabrief (1). Bei den Römern scheint gerade die älteste (2) und feierlichste (3) Schwurform mit Steinwurf, deren sich die römischen Vertreter noch bei dem Abschlusse des Handelsvertrages mit Karthago bedienten (4), frei von religiösem Beiwerk gewesen zu sein, Selbstverwünschung (5), durch die der Schwörende für den Fall des Meineides, des Eidbruches Friedlosigkeit auf sich lud (6). Dass man dann die Gottheit des überall sichtbaren und alles sehenden Himmelsgewölbes zum Schirmherrn von Recht, Treue und Wahrheit erhob, ist eine ebenso geläufige wie durchsichtige Übertragung (7). Auf diese Weise wurde aus der symbolischen Handlung des Steinwurfes der *Jupiter lapis* (8) für den völkerrechtlichen Verkehr, der *Diovis* oder *Dius Fidus* der Schwurgott des täglichen Gebrauches und des Privatlebens (9). Als das gemeinsame Band, das den Fahneneid des Soldaten mit dem *sacramentum* der *legis actio* verknüpfte, kann daher wol nur die (*ex*)*sacratio*, die Weihe, die Selbstverwünschung gelten, deren Gegenstand in historisch beglaubigter Zeit ein Teil des Vermögens, das Sukkumbenzgeld, ursprünglich aber wahrscheinlich die Person selbst bildete. Ihre Wirkung war die Sazertät.

Sacer esto lautete die Sanktion, die die sogenannten *leges*

---

(1) Vgl. Hirzel, S. 138 f.

(2) Apul., de deo Socr., 5.

(3) Gellius, 1, 21.

(4) Polybius, 3, 25, 6. Zur Zuverlässigkeit des Polybius: Christ, Geschichte der griechischen Literatur, 4. Auflage, 1905, S. 588.

(5) Livius, 22, 53, 11. Plin., pan., 64. C. J. L. 2, 172.

(6) Polybius, 3, 25, 6 : Τὸν δὲ ὅρκον ὀμνύειν ἔδει τοιοῦτον , Καρχηδονίους μὲν τοὺς θεοὺς τοὺς πατρώους , Ῥωμαίους δὲ ἐπὶ μὲν τῶν πρώτων συνθηκῶν διὰ λίθων κατά τι παλαιὸν ἔθος , ἐπὶ δὲ τούτων τὸν Ἄρην καὶ Ἐνυάλιον · ἔστι δὲ τὸ διὰ λίθων τοιοῦτον · λαβὼν εἰς τὴν χεῖρα λίθον ὁ ποιούμενος τὰ ὅρκια περὶ τῶν συνθηκῶν , ἐπειδὰν ὀμόσῃ ὁημοσίᾳ πίστει , λέγει τάδε · εὐορκοῦντι μέν μοι εἴη τ' ἀγαθά · εἰ δ' ἄλλως διανοηθείην τι ἢ πράξαιμι , πάντων τῶν ἄλλων σωζομένων ἐν ταῖς ἰδίαις πατρίσιν , ἐν τοῖς ἰδίοις νόμοις , ἐπί τῶν ἰδίων βίων , ἱερῶν , τάφων , ἐγὼ μόνος ἐκπέσοιμι οὕτως ὡς ὅδε λίθος νῦν · καὶ ταῦτ' εἰπὼν ῥίπτει τὸν λίθον ἐκ τῆς χειρός.

(7) Wissowa, Religion und Kultus der Römer, 1902, S. 103.

(8) Cicero, ad fam., 7, 12, 2. Gellius, 1, 21, 4. Apul., de deo Socr., 5. Paul. Diac., p. 115, v. *lapidem silicem*.

(9) Vgl. Wissowa, S. 103.

regiae an gewisse Tatbestände (1) knüpften. Dieselbe Sanktion zeichnete ferner gewisse Staatsgrundgesetze der republikanischen Zeit, die darum sogenannten *leges sacratae* aus (2). Sazertät drohten endlich die Senatsbeschlüsse an, die Julius Caesar und Augustus mit der tribunizischen Gewalt ausstatteten und dadurch sakrosankt machten (3).

Die Bedeutung dieser Sazertät ist allerdings streitig (4). Während sie die einen als « geistliche Todesstrafe », als den vom König vollstreckten « Opfertod » (*supplicium*), als Vollstreckung der öffentlichen Strafe unter Beobachtung religiöser Gebräuche ansehen (5), wollen sie die andern im Grossen und Ganzen der germanischen Friedlosigkeit gleichstellen (6). Ausser Zweifel steht jedenfalls, dass die *consecratio capitis* (*et bonorum*) den davon Betroffenen (samt seiner Habe) der Gottheit oder vielmehr einer bestimmten Gottheit (7) unterwarf. Seine Habe wurde darum zu Gunsten der Tempelkasse verkauft (8). Er selbst aber war durch die Sakration ausserhalb des *ius humanum* gestellt, der Rache der Götter preisgegeben. Als Vollzug dieser Rache den vom König vollstreckten Opfertod anzusehen, scheint jedoch unmöglich zu sein. Denn die altrömische Sakralordnung

---

(1) Misshandlung der Eltern durch die Kinder : Festus, v. *plorare*, p. 230, *b*. Verletzung des Klienten durch den Patron: Dion., 2. 10; Servius ad Aen., 6, 609; Verletzung des Grenzsteins (und der Stadtmauer?) : Dion. 2, 74; Verkauf der Frau durch den Ehemann : Plut., Rom., 22. Vgl. Lange, De consecratione capitis et bonorum disputatio, Kleine Schriften, 2, 1887, S. 91 f. Pernice Z. S. St., R. A., 17, S. 184. Mitteis, Römisches Privatrecht, 1, S. 25, N. 5.

(2) Lange, S. 92 f. Maschke, Zur Theorie und Geschichte der römischen Agrargesetze, 1906, S. 19 ff.

(3) Lange, S. 96 f.

(4) Literaturübersicht bei Girard, Histoire de l'organisation judiciaire des Romains, 1, 1901, S. 29, N. 1.

(5) Mommsen, Römische Geschichte, 1^8, S. 174. Staatsrecht, 2^3, S. 51 f. Strafrecht, S. 551 f. 900 f. Ältere Literatur bei Brunnenmeister, Das Tötungsverbrechen im altrömischen Recht, 1887, S. 151, N. 4.

(6) Ihering, Geist, 1^6, S. 279 ff. Lange, S. 91 ff. Brunnenmeister, S. 149 ff. Pernice, S, 183 f. Girard, S. 29, N. 1. Mitteis, S. 25. N. 5.

(7) Festus, p. 318. Beispiele für verschiedene Gottheiten bei Mommsen, Strafrecht, S. 903, N. 4 bis 9.

(8) Livius, 3, 55, 7. 8, 20, 8.

kannte keine Menschenopfer. Die Opferung des *homo sacer*, eines *impius* hätte überdies dem Grundsatze widersprochen, dass die Opfergabe rein und vollkommen sein muss (1). Auch sind die « Verletzungen des Eides und der geheiligten Ordnungen », die gerade das älteste Recht mit Sazertät bedrohte, wol « todsünden », aber doch kaum als todeswürdige Verbrechen denkbar (2). Wenn ferner in historischer Zeit der Todesstrafe wegen eines gegen die Gemeinde begangenen Frevels eine *consecratio capitis et bonorum* vorherging, so beweist auch das keineswegs, dass *consecratio* und Todesstrafe von jeher eins waren. Das gestattet nur die Vermutung, dass die alte Sazertät später « in der *consecratio capitis* des staatlichen Urteils aufgegangen » (3), dass das staatliche Urteil hier an Stelle der Sazertät getreten sei. Man mag daher die Entwicklung so denken, dass die Vollstreckung der Strafe ursprünglich der Gottheit oder dem anheimgegeben war, der sich freiwillig zu ihrem Werkzeuge machen wollte (4), während später der Staat selbst den Strafvollzug übernahm (5).

Dass der *homo sacer* ursprünglich « ohne Urteil und Recht » getötet werden konnte, scheint positiv bezeugt zu sein. Man darf sich zwar dafür vielleicht nicht unbedingt auf die Formel der wirklichen oder angeblichen Gesetze berufen, die den Eintritt der Sazertät unmittelbar an die

---

(1) Wissowa, Religion, S. 326, N. 4. Zwischen dem *homo sacer* und dem *supplicio interficiendus* bestand nur eine gewisse Ähnlichkeit, die zur Gleichstellung und Verwechslung beider verleitet. Der eine galt als das erkorene Opfer der Rache einer bestimmten Gottheit (Dion., 2, 10. 74. 6, 89. Plut., Rom., 22. Livius, 3, 55, 7. 10, 38, 4. u. a. m.) Der andere wurde wie ein geweihtes Opfertier einem oder mehreren bestimmten Göttern dargebracht (Plinius, h. n., 18, 3, 12). Darum vergleichen die Quellen selbst (Dion., 2, 10. Servius ad Aen., 2, 104) den *homo sacer* mit einem Opfertier. Vgl. Brunnenmeister, S. 150 f.

(2) Pernice, S. 184.

(3) Mitteis, S. 25, N. 5.

(4) Festus, p. 318 *b*. v. *sacer mons : at homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium*; *neque fas est eum immolari, sed qui occidit, parricidi non damnatur*. Macrob., Sat., 3, 7, 5. Dion., 2, 10.

(5) Wissowa, S. 326, N. 4 mit Berufung auf Plinius, h. n., 18, 12. Vgl. zu der analogen Entwicklung im germanischen Rechte, Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 1², 1906, S. 244 ff.

Freveltat zu knüpfen scheinen, indem sie verfügen : *si fecerit, sacer esto* (1), mag auch die analoge Erscheinung bei der Infamie diese Auslegung unterstützen (2). Aber die römischen Schriftsteller (3) selbst deuten an, dass das in der Tat die römische Auffassung gewesen sei. Umgekehrt fehlt es an jedem Zeugnisse dafür, dass die *consecratio* der Person oder des Vermögens jemals durch richterlichen Spruch verhängt worden wäre (4). In dieser Hinsicht verdient die noch in historischer Zeit von den Volkstribunen wiederholt als Coercitionsmittel verwendete *consecratio bonorum* besondere Beachtung. Auch sie ging, durchaus abweichend vom profanen Rechtsweg, ohne Prozessverfahren vor sich (5).

Möglich daher zwar, dass die Sazertät ursprünglich sogar ausschliesslich « Gottesacht » war, die den Frevler lediglich der Gottheit preisgab, so dass « niemand, weder der Staat durch seine Beamten und Priester, noch der einzelne Bürger dieser Bestrafung vorgreifen » durfte (6). Die anfänglich anscheinend profane Form der Verfluchung, wie sie das *iurare per lapidem* vergegenwärtigt, spricht allerdings dagegen. Jedenfalls entwickelte sie sich aber allmählich zur weltlichen Acht, die mit der Person auch das Vermögen traf und das Leben des Frevlers jedem preisgab, der sich zum Rächer der Gottheit und des öffentlichen Lebens berufen fühlte (7). Deutlich spiegelt sich diese Auffassung in dem Volksbeschlusse wieder, der die tribunizische Gewalt für sakrosankt erklärte. Er begnügte sich nicht mehr damit, den Frevler für *sacer* zu erklären, sondern fügte dem das eidliche Versprechen zu, für die Vollziehung der Acht

---

(1) Gegen dieses Argument Iherings, Geist, 1[6], S. 284 f. : Lange, S. 105 f.

(2) Ihering, S. 285.

(3) Festus, p. 318 *b*. Cicero, pro Balb., 14, 33. Livius, 3, 55. 10, 38. Dio Cass., 53, 17. Plut., Popl., 12. Coriol. 18.

(4) Vgl. Lange, S. 107 ff. 120.

(5) Wissowa, S. 326.

(6) Brunnenmeister, S. 152.

(7) Festus, p. 318 *b*. Livius, 3, 55. Cicero, pro Tull., 47. Macrob., Sat., 3, 7, 5. Dion., 2, 10, 74. 5, 19, 70. 6, 89. 10, 35. Lange, S. 103 f. Brunnenmeister, S. 154.

Sorge zu tragen (1). Die Tötung des Friedlosen erscheint hier nicht mehr bloss erlaubt, sondern als Pflicht jedes Einzelnen. Gegen die Gefahr des Missbrauches schützte andrerseits « der Preis des eigenen Kopfes », den der einsetzte, der einen andren als *homo sacer* tötete. Er entging so wenig wie ein andrer Mörder der Anklage wegen Mordes und ging frei aus nur, wenn er die Schuld des Erschlagenen bewies (2).

Die *sacratio* nun, die in den erwogenen Fällen das Gesetz, die Norm verfügte, machte anscheinend, wenn der Etymologie und Ueberlieferung zu trauen ist, auch das Wesen des *sacramentum* aus. Was der Staat in seinen ältesten Strafgesetzen als Strafe über den Frevler verhängte, das rief der also Schwörende für den Fall der Verletzung seines Eides selbst auf sich herab : der Missbrauch des *sacramentum* war ein « unsühnbares Sakralverbrechen » (3), machte den Frevler *sacer*.

Wer sich auf den Sakramentsprozess einliess, wer die Gefahr des *sacramentum* auf sich nahm, der stand daher wol ursprünglich unter der Sanktion der Sazertät, der Friedlosigkeit. Doch scheint theologischer Scharfsinn bald einen Ausweg gefunden zu haben, der es ermöglichte, der göttlichen Rache zu entrinnen, sie auf ein erträgliches Mass zurückzuführen. Wie der in der vorgeschriebenen Form vorgenommene Rechtsakt kraft seiner Form, unabhängig vom Willen des Handelnden, aber auch nur das wirkte, was er ausdrücklich erklärte (4), so rief auch der Schwörende nur die Uebel auf sich herab, die er in den Schwur aufgenommen hatte. Wie im weltlichen Verkehre, so musste auch im Verkehr mit den Göttern — die Entwicklung ging vermutlich den umgekehrten Weg vom *fas* ins *ius* — genau

(1) Dion., 6, 89. Cicero, pro Tull., 20, 47. Festus, p. 318 *b*. Vgl. Brunnenmeister, S. 155.

(2) Festus, p. 318 *b* : *parricidi non damnatur*. Plut., Popl., 12. Vgl. Ihering, 1[6], S. 286. Lange, S. 104. Brunnenmeister, S. 149 ff.

(3) Pernice, Zum römischen Sakralrecht I, Berliner Sitzungsberichte, 1885, 2, S. 1164 f.

(4) Vgl. Mitteis, Römisches Privatrecht, 1, S. 289 f.

ausgesprochen werden, was versprochen werden und was die Folge des Versprechensbruches sein sollte. Nur so weit und nicht weiter, als sich der Schwörende ihr wörtlich unterwarf, reichte nach den religiösen Vorstellungen der ältesten Zeit die Rache des angerufenen Gottes. Darum zählen die alten Eidesformeln, angefangen von dem *iurare per lapidem* bis herab zu den scherzhaften Exsekrationen der Dichter, genau die Gegenstände auf, an denen, und die Art, wie sich der Götter Rache äussern soll (1).

In derselben Weise war es nun vermutlich auch möglich, die Wirkung der Sazertät aus einer Personal- in eine Vermögenshaftung zu verwandeln, indem man ihr an Stelle der Person das Vermögen unterwarf, an Stelle der *consecratio capitis* eine *consecratio bonorum* setzte (2). So betrachtet erscheint das gajanische *sacramentum* als Ablösung der ursprünglichen Friedlosigkeit. Seine Abstufung nach dem Werte des Streitgegenstandes und die Aufnahme dieser Abstufung schon in die *provocatio sacramento* machen es überdies wahrscheinlich, dass sie, damals noch nicht in Geld, sondern in Viehwerten ausgedrückt, schon dem alten *sacramentum* eigentümlich war (3). In diesem Sinne mag man als Uebergang von der Friedlosigkeit zum Sukkumbenzgeld den auch germanischen Rechten nicht fremden (4) « Vieheid » denken (5).

Friedlosigkeit, Vieheid, Prozessbusse erscheinen demnach der Reihe nach als Inhalt des *sacramentum* der *legis actio*. Nur die Frage erübrigt schliesslich, an welchen Erfolg der Eintritt der Sakramentswirkung geknüpft war.

Sucht man, um diese Frage zu beantworten, nach Analogien, so sieht man in der Tat auch im germanischen Gerichtsverfahren die Friedlosigkeit als regelmässige Folge eines bestimmten Verhaltens der einen oder andern Prozesspartei eintreten. In den deutschen Volksrechten der fränn-

(1) Vgl. Danz, Der sakrale Schutz, S. 53 ff.
(2) Vgl. Stintzing, Ueber das Verhältnis, S. 10 ff.
(3) Vgl. Karlowa, Zivilprozess, S. 19.
(4) Vgl. Brunner, 2, S. 430 f.
(5) Sohm, Institutionen, 14. Auflage, 1911, S. 285, N. 4. Pflüger, S. 55.

kischen Zeit war es regelmässig das Verbrechen der « Rechtsverweigerung », das die Acht nach sich zog (1). Wer sich weigerte, sich auf den Prozess einzulassen oder an dessen Fortsetzung mitzuwirken, verfiel der Acht, « weil das Recht nicht geniessen soll, wer es andern nicht gönnt » (2). Der Sinn war nicht Zwangsvollstreckung, sondern Reaktion gegen Ungehorsam (3). Darum konnte die Acht durch Urteilserfüllungsgelöbnis abgewendet werden (4), trat sie aber sofort wieder ein, wenn dieses Gelöbnis zwar abgelegt wurde, aber die damit versprochene Leistung ausblieb (5). Die Analogie führt insofern noch weiter, als auch im germanischen Rechte, wol vermöge jüngerer Rechtsbildung (6), die Friedlogsigkeit durch Busszahlung abgelöst werden konnte (7). Mit dem also gewonnenen Bild erscheint auf den ersten Blick auch der alte Sakramentsprozess um so verträglicher, als gerade der römische Prozess von jeher den Charakter des Schiedsvertrages, der einverständlichen Unterwerfung der Parteien unter den Schiedsspruch des staatlich autorisierten Richters an sich trug. Die beiderseitige *provocatio sacramento* wäre demnach Abschluss des Schiedsvertrages (8), beiderseitiges Urteilserfüllungsgelöbnis unter Gefahr der Friedlosigkeit für den Fall der Rechtsverweigerung, die Friedlosigkeit Folge des Ungehorsams, die Prozessbusse, als die das *sacramentum* schliesslich erscheint, Ablösung dieser strengeren Rechtsfolge durch das mildere Bussrecht.

Allein die Analogie hinkt in einem entscheidenden

---

(1) Brunner, 1^2, S. 240. Schröder, S. 82, N. 47. 89. 384. Amira, Grundriss, S. 162.

(2) Amira, S. 162.

(3) M. Rintelen, Schuldhaft und Einlager im Vollstreckungsverfahren, 1908, S. 8.

(4) Amira, S. 171.

(5) Rintelen, S. 7.

(6) Brunner, 1^2, S. 239.

(7) Brunner, 1^2, S. 239 f. Amira, S. 151.

(8) So in der Tat : Puntschart, Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer, 1872, S. 172 f. Verwandte Vorstellungen bei Huschke, Die Verfassung des Königs Servius Tullius, 1838, S. 594, und bei Bernhöft, Staat und Recht der römischen Königszeit, 1882, S. 229 f.

Punkt und der Verfall der Sakramentsbusse ist ausdrücklich an eine andere Voraussetzung geknüpft. Die germanische Friedlosigkeit traf als Folge des Ungehorsamsverfahrens nur den Missetäter, der die rechtmässige Sühne der Untat verweigerte (1), nur den Beklagten, der der Ladung keine Folge leistete, der die Antwort verweigerte, der es ablehnte, in rechtsförmlicher Weise die Erfüllung des Urteils zu geloben oder sein Gelöbnis zu erfüllen (2). Der Kläger lief nur Gefahr, sachfällig zu werden (3). Das römische *sacramentum* war zweiseitig, die Folge der Verwirkung des *sacramentum* auf beiden Seiten dieselbe. Als Grund der *provocatio sacramento* bezeichnet Gaius (4) ausdrücklich die *iniuria*, die in der Rechtsanmassung des anderen Teiles gelegen sein soll. Sie und nur sie ist und war anscheinend von jeher für den Verfall des *sacramentum* entscheidend. Als gemeinsamer Grund der Friedlosigkeit erscheint daher zwar im germanischen und römischen Prozess ein Friedensbruch. Gleich der germanischen Friedlosigkeit war auch die Sakramentswirkung Strafe des gebrochenen Rechtsfriedens (5). Nur war es hier und dort ein anderes Moment, das den Friedensbruch begründete, im germanischen Recht der Ungehorsam, im römischen der Missbrauch des « Rechtsschutzanspruches », des staatlichen Gerichtes (6).

Das *sacramentum* war also wol von jeher, als was es Gaius bezeichnet, *poena temere litigantis*. Nichts deutet darauf hin, dass es jemals eine andere Funktion gehabt habe. Nur die Form der *poena* war ehedem eine andere, musste eine andere sein, weil die *poena* (7) als Lösegeld (8) etwas älteres als das zu Lösende voraussetzt. Dass das die

(1) Brunner, 1^2, S. 240.
(2) Schröder, S. 82. 90. Amira, S. 162.
(3) Schröder, S. 87.
(4) 4, 16.
(5) So auch Huschke, Multa, S. 388. Gaius, 1855, S. 166. P. Krüger bei Puchta, Cursus, 1, § 161, S. 471, N. 1.
(6) So auch Rudorff, Romische Rechtsgeschichte, 2, § 21. Anmerkung, S. 81. Vgl. 1, § 43. S. 101 f. 2, § 36, S. 127.
(7) Zur Etymologie Mommsen, Strafrecht. S. 13, N. 2.
(8) Mommsen, Strafrecht, S. 899, 1013 f.

Sazertät, die Friedlosigkeit gewesen sei, dafür kann man sich schliesslich vielleicht auch auf griechische Vorbilder berufen.

Auch im attischen Rechte zog der Prozessverlust in vielen Fällen eine besondere Busse zur Ahndung leichtsinnigen und boshaften Prozessierens nach sich (1). Sie bestand zum Teil neben einer Geldbusse in einer beschränkten Atimie (2). Ist nun auch diese griechische Atimie in historischer Zeit eher der römischen *infamia* als der Friedlosigkeit vergleichbar (3), so deuten doch manche ihrer Wirkungen, wie der Ausschluss von der Volksversammlung, vom Markt und aus den Heiligtümern des Staates, vor allem aber die unter Umständen damit verbundene Konfiskation des Vermögens (4), darauf hin, dass sie einmal nicht etwas viel anderes als die Friedlosigkeit gewesen sein dürfte. In der Tat war die völlige Atimie, der Zustand des καθάπαξ ἄτιμος (5) noch in historischer Zeit mit der Entziehung des Genusses aller bürgerlichen Rechte identisch. Darum erscheint diese Analogie geeignet, die Annahme der Friedlosigkeit als Rechtsfolge ungerechtfertigter Prozessführung für das ältere römische Recht zu stützen.

Bedenklich könnte es nur machen, dass, « wenn zwei altrömische Bauern um eine Kuh prozessierten, das *sacramentum* die fürchterliche Bedeutung gehabt » haben soll, die « eine *sacratio* gemäss dem *ius publicum* voraussetzte » (6). Welchen Sinn hatte es, könnte man fragen, die Privatrache durch den gerichtlichen Schiedsvertrag zu ersetzen, wenn der Erfolg für den Unterliegenden doch nur die Friedlosigkeit war, die ihn statt der Rache des Einzelnen am Ende gar der aller Genossen preisgab, ihn von Haus und Hof scheuchte.

Zunächst bot das gerichtliche Urteil schon den Vorteil,

---

(1) Vgl. Meier-Schoemann-Lipsius, S. 947.

(2) Vgl. Meier, S. 951 f.

(3) Vgl. Meier, S. 755 f.

(4) Vgl. Meier, S. 959.

(5) Demosthenes XXI. 32. 87. Eine Aufzählung der dadurch verwirkten Rechte bei Aischin., I, 21.

(6) Lotmar, Zur legis actio sacramento, 1876, S. 50,

dass es an Stelle der Willkür das Recht setzte. Der Rache anheimgegeben war nun nicht mehr der, gegen den ein andrer ein Recht zu haben vermeinte oder vorgab, sondern bloss der, dessen Unrecht objektiv erwiesen war. Die Friedlosigkeit traf ferner wenigstens in der Regel nur den Missetäter. Denn anfänglich war jede Klage Deliktsklage (1). Auch die römische Vindikation wird sich beispielsweise nicht wesentlich von der Anfangsklage des germanischen Rechtes unterschieden haben, zunächst wie diese (2) Diebstahlsklage gewesen sein. Endlich führte wol der Umstand, dass die Sakramentswirkung an eine *iniuria* geknüpft war, bald dazu, an Stelle der « persönlichen » eine sachliche Friedlosigkeit zu setzen, sich mit einer Viehbusse zu begnügen, nachdem man gelernt hatte, zwischen Erfolg und Missetat zu unterscheiden, was gerade in Rom sehr früh der Fall war (3), und darum auch eingesehen hatte, dass Prozessverlust nicht immer boshafte Prozessführung voraussetze.

Nicht mehr als eine Hypothese wollte und konnte versucht werden. Nur zarte Fäden verknüpfen sie mit dem historisch beglaubigten Rechtszustande. Nur einen schwachen Abglanz findet sie im Spiegel verwandter Rechtsordnungen. Wenn sie trotzdem gewagt wurde, geschah es in der bescheidenen Hoffnung, vielleicht doch einen kleinen Baustein liefern zu können zu dem Riesenwerke, das die vergleichende Rechtswissenschaft vor unsern staunenden Augen aufzuführen versucht. Ermunternd wirkte unseres verehrten Meisters Nachsicht, der jeden Versuch zur Förderung unserer Wissenschaft mit Wolwollen aufzunehmen geneigt ist, von dem wahren wissenschaftlichen Geiste beseelt, dem es nicht darauf ankommt, « wer recht hat, sondern was recht ist » (4).

(1) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 2, S. 328.
(2) Brunner, 2, S. 495 ff.
(3) Mommsen, Strafrecht, S. 85. Löffler, Die Schuldformen, S. 62 f.
(4) Unger, Mosaik, S. 137.

R. von Mayr,
Professor an der deutschen Universität Prag.

Des conditions requises au Moyen-Age pour l'application de la rescision de la vente pour lésion d'outre-moitié.

La rescision de la vente pour lésion d'outre-moitié, mentionnée au Code de Justinien, l. 2, De rescind. vend., IV, 44, n'apparut qu'assez tard dans la loi romaine. Le Code de Justinien en attribue l'introduction à l'empereur Dioclétien. On sait que la critique moderne incline même à la croire plus récente encore, car elle est rejetée par le Code Théodosien, et Justinien, sans doute pour l'organiser, a dû altérer le texte d'une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose (338), qui, dans son texte primitif, rapporté au Code Théodosien, ne la prévoyait pas (1). Il n'est d'ailleurs pas invraisemblable de supposer que, dans le cours du IV^e^ siècle, la pratique romaine s'efforçait de secourir la partie victime d'une trop forte lésion et que le droit vulgaire de bien des provinces y inclinait aussi. Sans cela, on ne comprendrait guère que sur neuf constitutions insérées au titre de contrahenda emptione au Code Théodosien, il y en ait trois (c. 1, 4 et 7) qui n'ont pour but que de dénier au vendeur le droit d'obtenir la rescision.

Quoi qu'il en soit, les raisons qui permettent d'expliquer

---

(1) Girard, Cours de droit romain (5), p. 542, texte et notes 5 à 8.

soit l'attitude favorable du droit vulgaire, soit l'admission de la rescision aux v^e^ et vi^e^ siècles, sont aussi obscures que la date même de cette admission. L'opinion la plus séduisante les cherche dans l'état social fort troublé de cette époque (1). D'un côté, beaucoup de petits propriétaires fonciers opprimés par des *potentes* sont menés par contrainte à une vente à vil prix. De l'autre, la misère où sont tombées les populations rurales, l'usure dont elles sont la proie les force parfois à vendre pour un morceau de pain leur domaine de famille. La constitution attribuée à Dioclétien ne serait qu'une des nombreuses mesures prises au Bas-Empire pour la protection des petites gens que le malheur des temps écrase (2).

Enfin, le fonctionnement même de la rescision d'après le Code de Justinien reste tout aussi incertain.

Après la chute de l'Empire romain d'Occident, les Barbares ne paraissent pas avoir attaché grande importance à l'institution. Les divers recueils de lois rédigées par eux se bornent à reproduire les protestations de validité de la vente, même entachée de lésion, que contenait le Code Théodosien (3). Et les abrégés qui sont bientôt les seuls survivants de la vieille science juridique romaine jusqu'au xi^e^ siècle négligent même toutes ces remarques qui n'avaient d'ailleurs aucune portée pratique (4). Il faut arriver aux prodrômes de la renaissance bolonaise pour que la rescision réapparaisse. Elle est mentionnée au Brachylogus (5). On la trouvera de même indi-

---

(1) Monnier, Etudes de droit byzantin, N. R. H. D., 1900, p. 181 et s.

(2) Le C. Théod. ne fournit à cette thèse qu'un appui assez douteux. Non seulement aucune des 3 const. qui visent la lésion n'a trait à la vente à un *potens*, mais la première, adressée au préfet de l'annone, pourrait bien avoir trait à une vente de grains plutôt qu'à une vente d'immeubles, et la troisième, qui suppose bien une vente d'immeubles, n'allègue, pour justifier la rescision, que l'éloignement du bien vendu et l'ignorance où s'est trouvé le propriétaire vendeur au sujet de la vraie valeur du bien.

(3) Lex Romana Wisigoth, Haenel, C. Théod., III, 1. — Loi des Wisigoths, Euric 294, Recces. V, 4, 7.

(4) Juristische Schriften des früheren Mittelalters, H. Fitting, 1876.

(5) Brachylogus. Bocking. p. 98, III, 13, § 10. Illud etiam considerandum quod si quis rem minus dimidio justi precii vendiderit, emptorem vel ad rem reddendam vel ad justum precium exsolvendum convenire poterit.

quée dans la Summa Trecensis (1) et dans le Codi (2). Mais elle y conserve, sauf peut-être au Codi, une forme trop brève pour qu'il faille lui reconnaître plus qu'une simple portée verbale. C'est seulement avec l'épanouissement de l'Ecole de Bologne que l'institution reprend vie et donne lieu à un curieux développement doctrinal.

A y réfléchir, on ne peut s'étonner que la théorie de la rescision pour lésion soit demeurée durant ces sept ou huit siècles en un tel oubli. D'abord, les législations primitives sont ordinairement peu secourables aux faibles. Pourquoi sauvegarderait-on la liberté et l'égalité des contractants plutôt que celles de tous les autres ? De même, au point de vue de la technique juridique, une théorie des vices du consentement suppose beaucoup plus de nuances et de finesses que n'en peuvent comprendre les hommes frustes de cette époque. Enfin, et je voudrais insister sur ce point, c'est au contrat de vente que la loi romaine limite le bénéfice de la rescision pour lésion, et ce contrat a été, durant cette période, trop peu pratiqué pour que la lésion y ait causé de grands dommages et pour qu'on se soit appliqué aux détails de sa réglementation.

Il faut d'abord parler de la vente d'immeubles, puisque l'immeuble est alors la richesse par excellence. C'est une remarque banale que les hommes du pré-moyen-âge ne vendent que fort rarement leur terre. Par esprit de tradition, ils répugnent à rompre les liens qui les unissent au bien de famille. Ils aiment mieux, s'ils doivent l'abandonner, le concéder à perpétuelle tenure. C'est le moyen le plus usité

(1) Summa Codicis des Irnerius, H. Fitting, p. 116, IV, 41, De resc. vend., § 4. Propter intolerabilem deceptionem rescinditur : veluti si minus dimidia justi precii distracta sit : tunc enim offitio judicis rescinditur, vel quod deest justo pretio restituitur, electione videlicet emptori concessa.

(2) Lo Codi, H. Fitting, IV, 61, § 5, p. 127. Aliquando contingit quod vendicio destruitur, quamvis non sit facta fraus : ut si res vendita est minus medietate quam valeret eo tempore quando fuit vendita. Similiter si res fuerit vendita ultra in duplum quam valeret, potest destrui vendicio si emptor hoc vult, eadem racione qua dictum est de vendicione. Id., Les lois de l'Empereur. Textes additionnels aux anciens Fors de Béarn, Brissaud et Rogé, 1905, p. 29, nº 48. Nulha causa que sie venude per menhs de la mieytat d'aquero qui val, la vente no ha valor, abans deu esser nulle.

pour se procurer quelques ressources mobilières. La coutume semble inviter à le préférer en entourant la vente d'entraves assez étroites au profit de la famille.

D'un autre côté, bien que le Moyen-Age soit aussi une période de contrainte et d'oppression autant que le Bas-Empire, rien cependant qui rappelle la forme qu'elle revêtait dans le monde byzantin. Ce n'est pas du contrat de vente que s'est servi le seigneur ou le potens. Il a étendu par la contrainte son domaine direct sur toute la région non pas en achetant de force et à vil prix les terres de ses voisins pauvres et en en chassant les anciens propriétaires, mais en se subordonnant ces petites gens, eux et leurs terres, en en faisant ses tenanciers. Ce n'est pas dans la vente qu'il faudrait poursuivre la lésion, mais dans tous les contrats d'exploitation, censive, champart ou emphytéose. C'est pour cela que quand la théorie de la rescision pour lésion se prit à renaître, on l'étendit de suite en dehors de la vente à presque tous les contrats.

Il ne resterait guère que les ventes de domaine éminent où la rescision pour lésion aurait pu rendre quelques services. On les vit intervenir souvent à partir du XII^e^ siècle entre un seigneur qui veut partir pour la croisade et un roturier riche, ou mieux encore, un monastère qui lui en comptait le prix en argent. Roturiers ou monastères ont-ils parfois abusé de la détresse du seigneur pour acheter à vil prix? Cela est bien possible. On le croirait presque à voir les formes pratiques qu'a revêtues la résistance à la rescision, par exemple la donation du surplus de la valeur. Mais nous ne pouvons pas dire que cela ait été fréquent. D'ailleurs le mort-gage ou le vif-gage offraient sans doute un procédé plus usité et aussi avantageux.

En dehors de la vente d'immeubles, dont on comprend la portée restreinte, il n'y avait guère que la vente de grains ou de denrées de première nécessité qui pût faire juger nécessaire la protection de la plus faible ou la plus nécessiteuse des deux parties contractantes. Mais alors c'est surtout l'acheteur qui est en danger de payer trop cher sa nourriture en cas de mauvaise récolte ou de famine. C'est peut-être à

cause de cela qu'on a, dès qu'on l'a pu, fait fonctionner la rescision pour lésion au profit de l'acheteur qui a payé trop cher.

Tout cela n'est que pour faire bien saisir pourquoi on a tant tardé à admettre la théorie romaine de la rescision de la vente pour lésion d'outre-moitié et comment les légistes, pour concilier leur respect religieux de la loi romaine avec la vie de leur époque, en vinrent à construire sur les textes de Justinien une théorie de la rescision pour lésion assez différente de celle de la loi romaine. On sait quelle ampleur elle a prise plus tard et quelle place elle a tenue dans les célèbres théories canoniques du juste prix. Ce n'est pas de cette doctrine pleinement épanouie que je voudrais parler ici. Aussi bien, pour l'étudier utilement, il faudrait la prendre aux XIV^e^ et XV^e^ siècles. A ce moment, c'est dans le droit canonique que se concentre tout l'effort juridique. Les civilistes ne font qu'organiser ou tempérer les données fournies par l'Eglise. Mais avant cette période, du XII^e^ au XIV^e^ siècle environ, le mouvement canonique a été préparé et rendu possible par une intéressante élaboration due aux seuls romanistes que les canonistes se bornent à reproduire. C'est pour cette courte période que je voudrais grouper ici quelques vieux textes assez négligés et en dégager l'orientation que les novateurs canonistes accentueront ensuite.

La doctrine des romanistes se signale par deux caractères presque opposés. J'ai dit brièvement ailleurs (1) comment, au lieu de réserver la rescision pour lésion au contrat de vente et même probablement au seul vendeur, on l'a rapidement étendue à tous les contrats, même à la transaction et à la donation qui ne paraissent cependant guère la comporter. Le second caractère, sur lequel je veux m'appesantir ici, semble presque en opposition avec le précédent. Si on étend le domaine d'application de la rescision, par contre on est devenu plus rigoureux quant aux conditions qu'il convient d'exiger du lésé. On n'autorise la rescision qu'autant que le lésé a ignoré la vraie valeur de la chose, car, dit-on, celui

(1) Mélanges Scialoja.

qui sait ne peut pas se dire déçu. La lésion devient une application nouvelle de la nullité pour erreur d'un des contractants, à la manière du dol. On la rapproche du dol ; on l'appelle le « dolus re ipsa ». C'est une fraude qui ne vient pas de la partie adverse, mais qui résulte des circonstances elles-mêmes. Comme cette fraude est moins grave que le dol proprement dit, on exige, pour en tenir compte, que la perte subie par le lésé s'élève, selon le taux de la loi romaine, à plus de la moitié de la valeur de la chose.

On comprend aisément que par cette exigence la théorie va changer complètement d'aspect et de direction. Au lieu de secourir celui sur qui les circonstances ont exercé une contrainte pour le pousser à contracter à son désavantage, ont altéré son libre consentement au contrat, la nouvelle interprétation l'abandonne à son sort. Il a su que sa chose valait plus que le prix qu'on lui en a promis : il n'a donc pas été trompé. Et, par contre, c'est l'ignorant, le maladroit, qui va bénéficier de la protection. On renforce en quelque sorte la nécessité de la bonne foi et de la volonté éclairée dans le contrat. Pourquoi ce changement? Peut-être d'abord parce qu'en fait la vente à vil prix par contrainte n'est pas fréquente. Au contraire l'hypothèse courante et quasi-quotidienne c'est celle de l'acheteur à qui on a vendu trop cher en profitant de sa naïveté. Rien d'incertain à cette époque comme le prix des choses. Les barrières douanières entre les seigneuries, la difficulté des communications, les risques des transports, l'étroitesse de la concurrence et l'ignorance générale mettent l'acheteur à la discrétion du vendeur, comme il y a quatre-vingts ans, du temps des colporteurs, nos paysans pouvaient l'être à l'égard des objets exotiques. C'est cet acheteur qu'il faut protéger et c'est probablement à lui qu'a pensé la loi romaine. Mais il n'est en danger que quand il ignore. S'il sait, il n'a qu'à se défendre. Ajoutez que cette attitude de la loi ou du sens moral est conforme aux tendances ambiantes. La doctrine canonique sur le juste prix repose sur ce fondement qu'il est malhonnête de tirer des choses un profit supérieur au salaire de son travail.

Cette interprétation des juristes sert ainsi de transition

entre la loi de Justinien et le droit canonique. C'est elle qu'on va relater ici.

Je crois qu'il est légitime et commode, pour faire saisir le progrès de la doctrine en notre matière, de distinguer deux périodes, celle de la glose et des commentateurs qui s'y rattachent, et celle de l'école des dialecticiens, dont Bartole est le centre.

Dans la première, les romanistes n'ont guère qu'une autorité dogmatique. Ils sont forcés de laisser la pratique écarter l'application de la rescision pour lésion au moyen de clauses contractuelles qui deviennent peu à peu de style dans les actes. Et ils ne peuvent que valider ces clauses sous de timides réserves. En même temps, à défaut de clauses de ce genre, l'application de la loi romaine, qui n'a pas encore subi un grand travail d'analyse, se fait sans nuances, d'une manière un peu fruste. La nécessité de l'ignorance par le lésé de la valeur vraïe de sa chose au moment du contrat y apparaît pourtant, mais à l'état embryonnaire.

Puis dans la seconde, la doctrine se ressaisit. D'une part elle s'efforce de réserver à la loi romaine un domaine plus étendu d'application. Elle ne rejette pas encore les clauses contractuelles antérieurement usitées pour l'écarter. Mais elle en limite la portée et se fait plus exigeante pour reconnaître leur validité.

En même temps, afin de concilier la rescision pour lésion avec l'opinion commune qui y résiste, elle la subordonne, de droit commun, à l'ignorance du lésé au moment du contrat. De sorte que par ces concessions mutuelles la doctrine et la pratique se rapprochent l'une de l'autre. C'est sur le développement et l'épanouissement de cette condition d'ignorance qu'il faudra insister.

Je ne me dissimule pas que ma systématisation est plus ferme et plus arrêtée qu'il ne conviendrait pour être strictement et toujours exacte. Après l'avoir acceptée pour comprendre la direction générale du mouvement, il faudrait presque la dissoudre pour la rendre plus vraie et plus conforme au caractère ondoyant et incertain de tout ce travail d'élaboration. Si je tâche parfois de le faire sentir,

qu'on ne m'accuse pas trop de contradiction. Je ne vois pas d'autre moyen d'initier le lecteur à cette littérature touffue, où il aurait peine à se conduire sans un fil directeur.

I. — Dès que se répandit en Occident le Code de Justinien, après la renaissance bolonaise, la pratique habituée à d'autres errements y résista. Elle recourut pour écarter la rescision pour lésion en matière de vente à ses procédés habituels vis-à-vis desquels la doctrine se sentit tout d'abord impuissante et dont elle amortit seulement peu à peu l'effet.

Les textes nous relatent trois procédés qu'on a employés ou isolés ou combinés entre eux, diversement suivant les époques ou les pays.

Le premier est la renonciation ou générale au bénéfice de la loi romaine ou spéciale à la disposition du Code qui prévoit la rescision pour lésion. On la rencontre dès le milieu du XII^e^ siècle dans le Bas-Languedoc (1); au XIII^e^ siècle en Italie (2), où l'ars notaria de Rainerius de Perusio la signale dans beaucoup de cas; à la même époque en Provence (3) et enfin un peu plus tard dans le nord de la France (4). Elle a

(1) Cartul. de Gellone, n° 516, p. 436, ann. 1155... Praeterea si quod jus vel accio vel privilegium ad rescindendam supradictam vendicionem mihi competit... omnibus renuncio. Liber instrumentorum, n° 400, p. 579, ann. 1158, quamvis supradicta que tibi libera et absoluta voluntate vendimus, ultra duplum precii definiti valeant, hac tamen occasione nos non retracturos, nec quod deest justo precio petituros sive exacturos, nec quod deest justo precio petituros sive exacturos promittimus... Cartul. d'Aniane, n° 70, p. 209, ann. 1173, et si magis valet hoc precio, illud residuum solvo Deo et dicto monasterio et omni juri meo penitus renuncio...

(2) Ars notaria de Rainerius de Perusio, Gaudentius, Bologne, 1890, ch. 30 *in fine*... promittimus..., nec harum rerum nomine litem aliquam nec controversiam per nos nec per alium movere occasione minoris pretii, nec alia qualibet, certiorati rem pluris esse..., ch. 32, id., ch. 34..., et promisit legitimam defensionem, certioratus rem pluris esse..., ch. 35, id., ch. 43, id., ch. 51, id., ch. 53, id., ch. 55, 65, 99, id.

(3) Cartul. St-Victor de Marseille, n° 998, 13 nov. 1214..., renuncians illi legi que dicit quod si venditor deceptus fuerit ultra dimidiam justi pretii, venditio rescindatur vel justum precium suppleatur..., n° 1033, 28 avril 1231, ...certioratus, specialiter... et illis legibus que dicunt vendicionem posse rescindi si fuerit in ea deceptio ultra dimidiam justi precii...

(4) Cartul. de Flines, 1270, n° 169, renunciantes... deceptioni ultra dimidium justi precii, 1285, n° 251, id., 1290, n° 289, 1292, n° 311. Varin, Arch. admin. de la Ville de Reims, mars 1270, n° 355, I, p. 910, renunciantes omni privi-

dû s'y répandre abondamment au cours du XIIIe siècle car Beaumanoir la connaît et la rapporte (1). Parfois on exige qu'elle soit accompagnée de « certioratio », comme la renonciation de la femme au Velléien (2), c'est-à-dire que le renonçant ait été éclairé sur la portée de sa renonciation.

Pour des raisons que je ne puis déterminer, de bonne heure et d'abord dans le Midi de la France, on inventa un second procédé. Le vendeur déclarait faire donation à l'acheteur du surplus de la valeur de la chose vendue dont le prix trop modique ne le rémunérait pas. Dans le Bas-Languedoc cette donation du surplus dès la fin du XIIe siècle supplante la renonciation (3). Parfois elle est accompagnée, comme la renonciation, de « certioratio » (4).

Enfin on eut recours aussi au serment. Il s'ajoute d'ordinaire soit à la renonciation, soit à la donation du surplus et conserve souvent une formule assez générale (5).

La doctrine fut amenée de bonne heure à examiner la validité de ces trois procédés. Elle n'osa pas les écarter. Mais elle les traita un peu diversement. La renonciation spéciale

---

legio lesionis seu deceptionis cujuscumque, avril 1271, n° 361, I, p. 916, renunciantes exceptioni doli mali, fraudis, ...deceptionis licet ultra dimidiam justi precii...

(1) Beaumanoir, Salmon, n° 1094, et ai renoncé en ce fait à... ce que je ne puisse pas dire estre deceus en cest marchié de la moitié ou de plus...

(2) Voir les notes précédentes.

(3) Cartul. d'Aniane, n° 104, p. 245, ann. 1165, ...et si plus valet isto precio, ne in antea possit inquietari neque removeri, illud totum tibi et tuis dono et dominium transfero..., n° 157, p. 296, ann. 1202, et si plus valet aut valebit jam dicto precio, totum tibi dono et tuis, et juro quod nunquam veniam contra hanc venditionem..., n° 158, p. 297, ann. 1203, id., nos 163, 164, 179, 185, 220, etc. Liber instrumentorum, n° 173, p. 309, ann. 1195, et si plus valet hoc precio, illud vobis donamus, n° 123, p. 255, oct. 1197, ... si... plus hoc precio valet, illud titulo munifice liberalitatis tibi et successoribus tuis irrevocabiliter dono et concedo..., n° 175, p. 312, 1197, id..., n° 180, p. 320, 1200, quod amplius hoc precio valet vel in futurum valebit, illud totum quantumcumque sit, de bono animo tibi et tuis dono et ex certa scientia in te et tuos transfero, etc... Cartulaire de Gellone, p. 511, ann. 1220, ... si plus valet aut valebit predicto, illud magis valens dono...

(4) V. note précédente, Liber instrumentm, n° 180, p. 320, 1200.

(5) Cartul. d'Aniane, n° 157, p. 296, ann. 1202, ... juro quod nunquam veniam contra hanc venditionem..., id., n° 185, p. 324, ann. 1183, ... et juro non contravenire.

au bénéfice de la loi 2, C. ne paraît pas avoir soulevé de résistance, peut-être à cause de la faveur avec laquelle les renonciations sont généralement accueillies au début. Buttrigarius la mentionne au milieu de toutes les autres dans son traité des renonciations (1). Ni Azo, ni Placentin, ni la glose ne parlent formellement de la renonciation. Mais tous semblent la considérer comme valable quand elle est expresse et spéciale. Car, discutant sur l'efficacité du serment « nullo modo se venire contra venditionem », ils n'élèvent de doute à son sujet que parce que l'intention des parties de se priver par serment du recours spécial qu'engendre la lésion d'outre-moitié ne leur paraît pas assez manifeste (2). D'où on est probablement autorisé à conclure que si cette intention était formelle et incontestable, comme au cas de renonciation spéciale, il n'y aurait pas lieu d'en contester la validité. C'est sans doute parce que cette opinion était reçue sans discussion que Paulus Castr. l'indique sans signaler aucune controverse à son sujet (3).

Relativement au serment il n'en fut pas de même. Certains inclinaient, entraînés peut-être par leur désir de maintenir à la loi romaine sa portée pratique, à interpréter étroitement la formule qu'avait employée le jurans. Ainsi Placentin prétendait que celui qui avait juré « nec controversiam se moturum nec contra venditionem venturum » pouvait cependant agir du chef de lésion d'outre-moitié car, disait-il, par l'action que la loi romaine lui accorde, le lésé ne prétend ni faire tomber la vente ni réclamer qu'on lui restitue la propriété de la chose vendue. Il n'agit que pour obtenir un supplément de prix. Et il n'a nullement, par son serment, rénoncé à cette prétention. Quand la rescision de la vente est prononcée, c'est parce que l'acheteur s'est refusé à payer

---

(1) Buttrigarius de renunciationibus, Ren^io beneficio l. rem majoris, C. de resc. vend... ne oriatur controversia propter tales deceptiones, renunciatur isti juri de quo dic ut ibi.

(2) V. p. suivante, notes 1 et 2.

(3) Paul Castr., l. 2, C. de resc. vend., n° 7. Prima quod huic legi renuntiari expresse vel tacite per regulam generalem, quilibet potest renuntiare expresse vel tacite juri suo...

ce supplément (1). Azo contestait déjà la légitimité de l'interprétation un peu judaïque de Placentin, en faisant observer que réclamer un supplément de prix c'était souvent contraindre l'acheteur à subir la rescision et par conséquent manquer à son serment (2). La glose prenait parti pour Azo. L'opinion de Placentin trouva peu de faveur, mais elle dut jeter quelque trouble dans la doctrine puisque bien des glossateurs croient devoir la mentionner (3).

Reste la donation du surplus du prix. Les premiers glossateurs n'en parlent guère. Placentin et la glose sont muets à son sujet. Seul Azo la valide d'un mot (4). Peut-être l'usage en est-il plus récent chronologiquement que celui de la renonciation ou du serment. Plus tard elle donnera lieu à une étude plus fine chez les Bartolistes.

En sorte que dans l'ensemble, la doctrine laisse à la pratique toute son indépendance pour éluder l'application de la loi 2 et créer des procédés qui, en devenant clauses de style dans les actes, auraient définitivement amorti la rescision pour lésion. En même temps, on n'analyse que fort peu quant à ses conditions d'application la rescision pour lésion telle que la livre la loi romaine.

La glose n'en donne qu'un commentaire fort réduit, où, en négligeant l'étude des contrats auxquels s'étend la rescision, il n'est question que du serment ajouté à la renonciation et prêté soit par un mineur soit par un majeur. Cependant il

---

(1) Placentinus, Summa Codic., *eod. loc.* Dabitur autem prædicta rescindendi licentia, judicio meo, etiam illi emptori qui juraverit se controversiam non moturum nec contra venditionem venturum : quippe nec rem facit invenditam, nec præcise agit ut res retradatur.

(2) Azo, *eod. loc.* Placentinus ut etiam si juraverit venditor se non venturum contra venditionem, nihilominus possit prædicto modo agere, quia non agit præcise ut rescindatur contractus, sed ut vel hoc fiat, vel ut justum precium suppleatur. Ego contrarium puto, quia altera ratione urget emptorem rescindere contractum...

(3) Glose, l. rem majoris precii. Item quid si iste venditor juraverit se nullo modo venire contra venditionem ? Respondit P. quod nihilominus tunc habebit locum quod hic dicitur quia non præcise agit ut venditio rescindatur. Nos contra : quia quodammodo videtur agere ad rescissionem... Cf. Cynus, C. de resc. vend., l. 2. Quinto...

(4) Azo, *eod. loc.* Ego contrarium puto, etc... vel nisi dixerit se donare quod erat ultra precium conventum...

faut s'arrêter un instant sur une courte incidente qui formera la base de tout le développement doctrinal postérieur. Parlant du serment prêté par le mineur, la glose déclare qu'il a pour seul effet de faire traiter le mineur comme un majeur, c'est-à-dire qu'il laisse subsister au profit du mineur le droit à la rescision pour lésion (1) — à moins que le mineur n'ait juré spécialement qu'il ne contreviendrait pas à la vente à raison de la vileté du prix. — En ce cas, la précision même du serment entraîne perte du droit d'agir en rescision. Et la glose ajoute « quod semper presumo cum sciat vires suæ rei ». De sorte que, si le mineur connaît la valeur de sa chose et sait qu'elle est supérieure au prix promis, on en conclut qu'il a dû vouloir par son serment prévoir qu'il serait tenté d'en réclamer la rescision et se priver de ce recours. L'interprétation de volonté n'a rien ici que de très raisonnable. C'est la seule place que la glose réserve à cet élément important de la connaissance par le vendeur de la valeur de sa chose. Elle n'en parle que dans le cas de serment, sans indiquer que cet élément puisse jouer un rôle quand il n'y a eu ni serment ni renonciation.

Un peu avant la glose, Azo et Placentin ont même été un peu plus loin dans cette voie. Azo, à propos de la donation du surplus, admet une présomption correspondante à celle que nous trouvons dans la glose au sujet du serment. Il déclare qu'on présumera cette donation quand le vendeur aura connu la valeur vraie de sa chose, car « nec enim deceptus videtur qui scivit » (2). Placentin est plus général encore et, sans aucune explication (3), déclare qu'il faut refuser

---

(1) Loi rem majoris pretii. Glose : Item quid si iste venditor..... Secus dico in minore qui juravit : cum ibi juramentum operetur tantum quod videatur major ; nisi et ipse jurasset etiam occasionis minoris precii non venire contra : quod semper presumo cum sciat vires suæ rei...

(2) Azo, Summa Codic., De resc. vend^e... puto quod altera ratione urget emptorem rescindere contractum... vel nisi dixerit se donare quod erat ultra precium conventum, *quod semper videtur dici si sciat rem valere ultra dimidiam*, nec enim videtur deceptus qui scivit...

(3) Placentinus Summa Codicis, De resc. vend., *in fine*... item in summa illud sciendum est quod *judicio meo*, ei qui vendidit ex certa scientia, dimidia justi precii non dabitur rescindendi licentia...

l'action en rescision à celui qui a vendu sa chose en pleine connaissance de cause. De sorte que péniblement, presque accidentellement, se dégage cette idée que la *deceptio* suppose l'ignorance du vendeur. Elle n'est guère formulée qu'à l'occasion des procédés pratiques que nous avons étudiés. C'est elle que la doctrine postérieure va recueillir et développer dans toute son ampleur.

II. — C'est à la fin du XIII^e^ et au commencement du XIV^e^ siècle que l'attitude de la doctrine s'accentue ouvertement dans le double sens convergent que j'ai indiqué plus haut.

1. Reprenons d'abord les procédés pratiques usités pour écarter la rescision et les conditions que la doctrine exige pour les valider.

La renonciation ne change guère et conserve pour tous son efficacité antérieure. Elle a d'ailleurs en fait perdu beaucoup de son importance, car elle est presque toujours accompagnée de serment. Bartole la valide, pourvu qu'elle prévoie spécialement la rescision pour lésion, sans même exiger que le renonçant soit éclairé sur le vrai prix de la chose et sur la portée de sa renonciation (1). Après lui, la doctrine italienne est plus favorable encore à la renonciation, puisque Paul. Castrensis la valide même si le renonçant ignorait son droit à la rescision (2). Tandis que en France au contraire on la considère toujours comme sans effet. Au XVI^e^ siècle,

---

(1) Bartole, l. si quis cum aliter, D. 45, 1, l. 36..., n° 8. Sed an remedio hujus legis possit renunciari, scilicet exceptioni doli, quoniam dolus inest re ipsa? Videtur quod non, quia hic est dolus futurus, qui committitur cum petitur..... Dic contra. Quia ex eo quod huic beneficio renunciat de presenti, cessabit dolus tempore petitionis. Non autem puto quod sufficiat simpliciter renunciare exceptioni doli, nisi exprimatur de hac lege, vel qui tantumdem importet; nam istud renunciare est donare... et sic ad modica refertur, nisi exprimatur ut dixi...

(2) Paul Castr., l. 2, C. de resc. vend..., n° 9. Quarta conclusio quia si renuntiavit specialiter provisioni hujus legis seu fraudi dupli, valet renunciatio etiamsi constat quod ignorabat verum precium... quia licet non cogitaverit in specie, postquam ignorabat videtur cogitasse in genere et voluisse quod non obstante ignorantia veri pretii (etiamsi sit deceptus ultra dimidiam) nolit uti remedio hujus legis...

Rebuffe (1) et Bornier sur Ranchin (2) attestent le premier que le Parlement de Paris et le second que celui de Toulouse la rejettent. J'ai vainement cherché dans la doctrine française antérieure quelque trace de cette hostilité vis-à-vis de la renonciation (3). On remarquera seulement qu'elle est bien conforme soit aux tendances générales de l'école française en matière de renonciation, soit à son penchant à incliner vers les solutions que préfèrent les canonistes, soit enfin à son désir de protéger les faibles ou les ignorants. D'ailleurs, dans la pratique, la renonciation a été généralement supplantée par la donation du surplus.

Je ne m'arrêterai pas longtemps non plus sur le serment. Il est sous l'influence à la fois des controverses antérieures à la glose et des théories canoniques en voie d'élaboration. Cynus, dans un passage assez long et assez peu concluant, commence par attribuer inexactement à la glose l'opinion de Placentin que j'ai indiquée plus haut. Il la combat d'ailleurs avec beaucoup de sens « nam ex quo ita agitur ut res restituatur, tunc ad rescindendum agit et venit contra juramentum ». Puis il nous rapporte l'avis de Pierre de Belleperche qui reste un peu confus. Pierre aurait voulu interdire au jurans l'action en rescision « quia sic jurando videtur

(1) Rebuffe, Tract. de rescis. contract. art. unic. gl. 15, nº 21. Decimo sexto, etiamsi renunciasset omni legum auxilio, etiamsi ille esset sagax et astutus, quia renunciatio ad modicum etiam extenditur et non ultra dimidiam..... et quia notarius ex stilo hoc solet apponere ac eadem facilitate qua vendit modico pretio renunciat, ob istis renunciationibus non obstantibus solent litterae regiae impetrari et comprobari et interinari..... Etiamsi speciatim hujus legis beneficio renuntiasset, et hoc patet ex praedictis, quia hoc remedium ex humanitate procedit..... et humanior est opinio sequenda, et quia partes de hac enormi lesione non cogitarunt, et si cogitassent, tamen humanum est illis succurri. Et senatus Parisiensis istam servat, quicquid in contrarium disputetur, et concludant doctores dicentes renuntiationem specialem admittendam, *quod tamen non servatur.*

(2) Ranchin, Decisiones seu conclusiones E. art. 36, note. ...et ita observatur a Parliamento Tholosano ut testatur Maynardus lib. III, dec. 60 — vide Mayn., *hoc loco.*

(3) Pourtant Masuer, Practica for., tit. 23 Des vendit. et achapts, nº 5, constate « et disent les uns qu'on ne peut tacitement ou expressément renoncer à ce droit. Mais les Docteurs tiennent formellement le contraire : toutesfois cette première opinion, selon l'équité naturelle, pourrait être soutenue, pourvu qu'il y eut dispense tant de la renonciation que du serment ».

renunciare et sic vi simplicis renunciationis sibi praejudicat... hic vi renunciationis repellitur ». Pourtant, il est entraîné en sens opposé par le droit canonique et il annule le serment. « Juramentum, maxime jure canonum, ipsum excludit (1). Jusqu'ici je n'ai rien de nouveau à signaler. Un peu plus loin, Cynus, examinant le cas où le serment a été prêté par un mineur, rapporte l'opinion de Dinus de Mugello, qui réservait néanmoins au mineur le droit à l' « in integrum restitutio ». Le serment ne peut s'appliquer qu'aux droits auxquels il est vraisemblable que le mineur a pensé. Or il n'a pu penser qu'à ce qu'il connaissait. Et il est présumé ignorer ses droits, à moins qu'on ne l'en ait instruit par voie de « certioratio ». Donc il ne les perd qu'autant qu'il y a eu « certioratio » (2). A y réfléchir, le raisonnement s'appliquait tout aussi bien au majeur avec cette différence que le majeur n'est pas présumé avoir ignoré et n'a pas droit à la « certioratio ». Mais, à supposer qu'il puisse prouver qu'il a ignoré, il n'y a guère de raison pour ne pas regarder son serment comme indifférent aux droits qu'il a ignorés.

(1) Cynus, l. 2, C. de resc. vend. Quinto. Pone quod aliquis major est deceptus et juravit non contravenire, numquid hujus legis uti poterit? Dicit glossa et sic tenent moderni quod sic. Et hoc probant sic : ubicunque vi simplicis conventionis non valet contractus, nec valebit tunc vi juramenti interpositi; sed hic non valet jure conventionis, ut dicit lex ista, ergo... Præterea hic non venitur precise contra, sed agitur ut illud aut illud consequatur ergo... Petrus hoc non approbat : immo dicit quod non potest uti beneficio hujus legis major qui juravit non contravenire, quia sic jurando videtur renunciare, et sic vi simplicis renuntiationis sibi praejudicat. Non obstat praedictum argumentum quod verum concludit vi juramenti, sed hoc vi renunciationis repellitur. Praeterea ipse venit contra praemissa et juramentum, maxime jure canonum, ipsum excludit. Non obstat quod dicunt quod hic agit ut alterum consequatur rem vel precium, nam ex quo ita agitur ut sibi res restituatur, tunc ad rescindendum agit et venit contra.

(2) ... Sexto... advertatis quia istud punctum est multum notabile et moderni variant, nam praeceptor meus Dynus de Mugello, consultus de facto respondit quod minor qui juravit non venire contrà contractum, de jure vel de facto, videns se laesum enormiter poterit in integrum restitui, et sic probabat... quod juramentum non trahitur ad illa de quibus non est verisimile jurantem sensisse... quod non est verisimile aliquem voluisse renunciare ei quod ignorabat sibi competere... cum ergo minor in casu premisso ignorabat vel ignorare praesumebatur beneficium restitutionis... ita demum renunciatio (mulieris) tenet si certiorata fuerit... si ergo renunciet beneficio restitutionis, et certioratus non apparet, non tenebit...

Cynus ne dégage pas la conclusion que j'indique et on ne la rencontre même pas chez Bartole (1). Celui-ci ne réserve que le cas où le serment aurait été obtenu par dol ou par violence. On pourrait être tenté d'y suppléer : on aurait peut-être tort. Bartole en effet restreint ailleurs l'exigence de Dynus et de Cynus au sujet de la « certioratio » (2) et plus tard Paul. Castr. affirmera l'efficacité du serment et la perte de l'action en rescision, même si le vendeur a ignoré le vrai prix de la chose, c'est-à-dire son droit à la rescision (3). Ici, comme pour la renonciation, la doctrine française a dû être en sens contraire, car Rebuffe (4) nous rapporte que moyennant une « dispensatio juramenti », on peut demander des lettres de rescision, « ne juramentum sit iniquitatis vinculum ». « Hoc servatur in Franciae curiis passim ».

Il est temps de parler de la donation du surplus, forme la plus récente et la plus répandue de la renonciation et qui a provoqué les études les plus nombreuses et les plus fines analyses. La glose se bornait à la valider. Ceux qui lui succédèrent durent conserver la même attitude. Mais chez les dialecticiens il en est autrement. Cynus s'en occupe assez longuement. Il expose que certains *Moderni* tiennent la donation pour valable, mais que de plus récents légistes soutiennent une opinion entièrement opposée, c'est-à-dire annulent la donation et conservent, malgré elle, au vendeur

(1) Bartole, l. 2, C. de resc. vend., n° 9. Quaero quod si major qui vendidit juravit non venire contra, an per juramentum perdat beneficium hujus legis. Gl. tenet quod sic... Quod intellige nisi fuerit dolo vel metu inductus, quia tunc et de jure canonico non tenetur ad observantiam juramenti.

(2) Bartole, Dig. de jurejurando, l. 12, § item Julianus, n° 6. Ego dico quod satis est minorem certiorari super facto vel super contractu...

(3) Paul, Castr. C., l. 2, De resc. vend. Septima conclusio est quod si juret non venire contra, excluditur, etiamsi ignoravit verum pretium, propter virtutem juramenti...

(4) Rebuffe, Tract. de rescis. contr. art. unic. gl. 15, n° 42. Quando laesus jurasset non venire contra venditionem, non poterit tunc petere illius rescisionem... Et ista est communis conclusio... Vidi tamen impetrari literas regias ut habita dispensatione juramenti posset venire, ne juramentum sit iniquitatis vinculum, et ita tenet Rota... et hoc servatur in Franciae curiis passim. Quamvis Panormitanus dicat absolutionem non debere concedi; sed praxis contrarium servat. Cf. Esmein. Le serment promissoire dans le droit canonique, N. R. H. D., 1888, p. 337.

son recours pour lésion. Il y aurait dans ce mélange de vente et de donation une présomption de fraude. Valider la donation serait favoriser l'usure, car entre la vente à vil prix et la clause commissoire dans le gage il y a bien des points de contact (1). La doctrine de Cynus tient donc la donation pour non avenue. Elle ne paraît pas avoir été très favorablement accueillie au moment de son apparition. Je ne saurais dire si Cynus la tenait de ses maîtres les Ultramontains, Jacques de Ruvigny ou Pierre de Belleperche : il ne nous renseigne pas sur ce point et je n'ai trouvé dans les œuvres publiées de ces deux jurisconsultes rien qui nous permette de trancher la question. Toujours est-il que, plus tard, c'est d'elle que s'inspirera la pratique française : nous en avons la preuve dans un passage de Rebuffe (2) qui se rallie à cette opinion et déclare avoir vu souvent trancher la question en ce sens, dans un arrêt de 1557 rapporté par Automne (3) et d'autres cités par Maynard et Charondas (4). Mais au XIV^e^

---

(1) Cynus, *eod. loc.*, n° 14, additio. Item quaero juxta hoc de tali quaestione, pone quod venditor rem valentem X vendidit pro IV, et si quid ultra valeret, dixit se donaturum, an tunc habebit locum hec lex ?

Quidam moderni dicunt quod non, quia talis contractus bene valet..... Tamen quidam moderniores dicunt contrarium, scil. quod haec lex locum habeat et donatio habetur pro nulla in hoc casu, quod sic esset quaedam mixtura contrariorum... Ex eo enim quod fit in eodem instrumento, praesumitur fraus... Et pro hoc dicta l. ab Anastasio que optime facit. Nam sicut illa cessio praesumitur calumniosa et simulata ex hoc, sic et in casu nostro ubi agitur de praejudicio vendentis et lucro ementis cum alterius jactura... Hec opinio videtur mihi verior, maxime cum aliter dicendo faveatur usurariis qui simulatos contractus emptionis et venditionis faciunt sub predicta forma...

(2) Rebuffe, Tract. de rescis. contract. art. un. gl. 15, n° 20. Decimo quinto etiamsi in instrumento venditionis diceretur : si plus valeat, illud dono, quia intelligitur modicum tantum donare... secus si in instrumento diceretur : omne et totum quicquid valet plus remitto... vel si diceretur sciens valorem rei ex tunc videtur etiam magnum remittere... *ego tamen dicerem contrarium*, quia sunt verba notariorum et de his clausulis notarius non est rogatus, sed solent poni ex stilo notariorum etiam ea facilitate qua fuit inductus quis ad vendendum vili precio, ita ad apponendum illas clausulas... ideo possunt impetrari literae Regiae relevamenti ad rescindendum contractum, non obstantibus his clausulis, etiam si diceret sciens valorem rei per praedicta. Et vidi saepius agi non obstantibus praedictis et in forensi judicio obtineri...

(3) Automne, ad l. 2, C. ad rescind. vend.

(4) Maynard, Notables et singul. quest. de dr. écrit, liv. III, ch. 60. ... pour autant que telles et semblables clauses ainsi couchées par les

siècle elle trouve peu d'adeptes. C'est l'analyse de Bartole qui semble avoir conquis tous les suffrages. Bartole en principe valide la donation et par conséquent admet, contrairement à Cynus, qu'elle prive le vendeur de tout recours. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le vendeur ait eu véritablement l' « animus donandi ». Il ne l'a eu certainement que s'il a su la valeur vraie de sa chose et s'il a abandonné le surplus en connaissance de cause. Autrement, s'il ignorait cette valeur, il est raisonnable de supposer qu'il n'a voulu être libéral que si la différence entre la valeur de la chose et le prix de vente est modique, c'est-à-dire si elle n'atteint pas le chiffre de la moitié auquel la lésion paraît intolérable à la loi civile. Cependant s'il est raisonnable de le supposer ainsi à défaut de toute indication précise contenue dans la formule de la donation, il en serait autrement si le donateur avait exprimé formellement son désir d'être libéral quelle que soit la valeur de la chose vendue. Alors, l' « animus donandi » étant prouvé par cette déclaration, la donation devient valable sans limites (1). En résumé la dona-

---

notaires, plustost de leur style ordinaire ou asnerie accoutumée que de la volonté et intention des parties contiennent en elles une captieuse libéralité, sans avoir esgard quant à ce à la connaissance, science ou ignorance du vendeur touchant la valeur et estimation des biens vendus... vente entre Vernhol et Cassagnol... Id. arrêt de Paris du 19 juin 1563 rapporté par Charondas...

(1) Bartole, l. si quis cum aliter, D. 45, 1, l. 36, n° 7. Quaero dicitur in instrumento venditionis vendidit rem pro tanto, et illud quod plus valet dedit et donavit, an per hoc cessabunt remedia harum legum? Dices tu quod sic... Et hoc videtur tenere Glossa... et Azo... In contrarium facit l. ab Anastasio C. mandati. Sed tu dices ibi in concessione est speciale, ergo in contrarium est jus commune. Dico quod si venditor sciebat valorem rei, tunc per talia verba cessant remedia harum legum. Sed si hoc ignorabat, tunc per talia verba non habebat animum donandi, nisi modicum... et imo si quantitas est magna, apparet quod in contractu donationis est lesus, et sic habebit remedium hujus legis... Secundum eos qui dicunt hodie contractum donationis esse bonae fidei... Dicatur ergo in instrumento et ille quod plus valet, sive sit quantitas modica, sive immodica, dedit et donavit, etc...

Id., l. 2, C. ad resc. vend., n° 13. ... aut quis scit valorem rei et iste bene potest precio viliori vendere et sic partem donare... Sed si aliquis valorem rei ignorat, per haec verba « et quod plus valet », etc., videtur velle donare si valet plus *modico*, nam ad modicum tantum refertur haec adjectio... Unde habebit beneficium hujus legis, deducto illo modico, quod videtur donare. Praeterea si in illo contractu donationis est deceptus ultra dimidiam illius

tion n'est efficace que si la lésion est inférieure à la moitié de la valeur de la chose, ou si le vendeur a formellement exprimé qu'il la voulait sans limites, ou enfin si le vendeur a su que le prix promis était inférieur à la moitié de la valeur de la chose. C'est sur ce dernier point que s'est surtout appesanti le travail de la doctrine. C'est de lui qu'est sortie toute la théorie de la lésion au cas où le vendeur n'a ni renoncé à la rescision ni donné le surplus.

L'opinion de Bartole a fait fortune. C'est à elle que se rattache la science italienne du XIV^e^ siècle. Paul. Castr. (1) l'accepte dans ses conclusions. En France, elle a eu aussi très grand succès. Nicolaus Boerius (2) l'expose dans toute son ampleur et la considère comme la plus répandue. Pourtant j'ai dit plus haut que chez nous une partie de la doctrine y résista pour se ralier à la nullité de la donation. C'est en fin de compte la nullité qui triompha (3).

On voit par ce bref exposé que d'une part aux XIII^e^, XIV^e^ et XV^e^ siècles on eut tendance à restreindre l'efficacité de la renonciation, sous quelque forme qu'elle se présentât. Comme le dit Rebuffe, les diverses clauses de renonciation étant devenues de style, les valider pleinement eût abouti à abroger la rescision pour lésion, dont les théories canoniques tendaient au contraire à accroître l'importance. De l'autre, le principal effort, en tout cas le plus généralement efficace, a consisté à exiger du vendeur la connaissance de la valeur de la chose. C'est de cette condition de connaissance qu'on a

---

precii quod donare intendebat, arbitror quod potest venire contra, tanquam deceptus in venditione, quod plus placet, vel saltem tanquam deceptus in illo contractu donationis...

(1) Paul, Castr., l. 2, C. de resc. vend., n° 10. Sexta conclusio est quod per illa verba « et si plus valet donavit dicto emptori illud », non censetur renunciasse beneficio hujus legis, quia illa verba possunt referri commode et referuntur ad modicam quantitatem... secundum. Bart. sed Bald. limitat nisi diceret totum illud et quicquid plus valet donavit, quia tunc referuntur ad omnem quantitatem. Si autem ista verba non sint apposita, etiamsi in uno nummo excederet dimidiam justi precii, haberet locum provisio hujus legis, quia ita figit pedes hic.

(2) Nic. Boerius, Decis. aureæ, qu. 142..., n° 10. Sed opinio Bartoli est communior et verior.

(3) Vide Rebuffe, cité plus haut.

dégagé la théorie même de la rescision à laquelle j'arrive maintenant.

2. Supposons donc que la vente ne contient ni renonciation, ni serment, ni donation du surplus. La loi 2. C. de resc. vend. accorde au vendeur un droit de rescision si le prix convenu est inférieur à la moitié de la valeur de la chose vendue. Il semble donc que le vendeur, pour triompher, n'ait qu'à prouver la « vilitas precii » sans rien de plus. Pourtant j'ai dit déjà que de bonne heure, dès Azo et Placentin, on a prétendu n'accorder la rescision au vendeur que quand il avait ignoré la valeur vraie de sa chose. « Sciens non deceptus videtur ». Le fondement de cette prétention ne se trouvait pas dans les textes romains (1). On le tira d'un rapprochement avec le cas où le vendeur avait fait donation du surplus. Le vendeur qui savait la valeur de sa chose et avait néanmoins vendu à vil prix était présumé avoir voulu donner la différence. C'est par ce raisonnement que les deux théories se sont jointes l'une à l'autre. C'est à Azo qu'il faut faire remonter le point de départ de tout ce travail de doctrine. La glose n'en disait rien et Placentin se bornait, sans explication, à exiger l'ignorance du vendeur pour accorder la rescision (2). Les glossateurs postérieurs, comme Odofredus, paraissent avoir accepté sans difficulté la règle. Albericus indique bien qu'entendue ainsi, la rescision risque de ne s'appliquer presque jamais, mais il y insiste peu (3) ;

(1) Pourtant la loi 15, C. de resc. vend., prévoyant une réclamation fondée sur ce que le prix promis était un peu inférieur à la valeur de la chose (paulo vilioris pretii nomine) la repoussait en alléguant que le propriétaire « familiaris rei scire vires vel merita et emolumenta ante debuerat ». C'est sur cette remarque que les glossateurs ont construit tout le système suivant.

(2) La glose sur la loi 15 se bornait à dire : gl. *paulo vilioris*. Secus ergo si ultra dimidiam esset deceptus... licet quidam dicant idem. Et tunc haec lex praesumat eum scientem, et sic donare. Item loquitur hæc lex cum re ipsa est deceptus, nam si dolo adversarii secus esset : quia licet iste sit in culpa, ille est in dolo qui praeponderat. *Adde* Azo et Placentin, cités plus haut.

(3) Albericus de Rosate, l. 2, C. de resc. vend. Item querunt Odofr. Roffr. et Azo, licet succincte, utrum hec lex locum habet in decepto qui sciebat se decipi, et dicunt quod non, quia scienti, etc. Sed tunc videretur hanc legem nunquam habere locum, cum quilibet praesumatur scire valorem et pretium rei suæ... Sed posset dici quod licet jus sic presumat, potest tamen contra praesumptionem talem probari contrarium, vel dic clarius et latius, ut

chez Cynus et chez Bartole le principe est incontesté (1). Et on le retrouve dans toute la suite des commentateurs, aussi bien dans Guill. Durand et dans Johann. Faber (2), que dans Paul. Castrensis (3) ou dans Boerius (4).

Mais en outre on l'a organisé. Si l'ignorance du vendeur est une condition essentielle pour que la demande en rescision soit recevable, c'est au vendeur à prouver cette ignorance. La chose est souvent difficile. On fut conduit à établir des présomptions qui suppléent à la preuve. Et c'est seulement dans le choix de ces présomptions que se traduisent les tendances divergentes.

Une opinion qui s'appuie sur la formule de la loi quisquis l. 15 C. de resc. vend. présume toujours que le vendeur connaît la valeur de sa chose. C'est donc à lui à prouver son

---

notatur per Roffr... et per Cynum hic qui dicit... ubi ignoravit precium rei suæ fuit in culpa, sed in re propria non est culpa damnabilis... unde tunc praesumitur ignorans non sciens, sufficit ergo si probo quod secundum estimationem communem sum deceptus...

(1) Cynus, *eod. loc.*, n° 14. Decimo quarto queritur quid probabitur. Videtur glossa dicere quod probabo deceptionem meam probando veram estimationem rei... sed istud probare non sufficit ; immo probare oportet quod ignorans vendidi pro minori precio, nam si fui sciens, non succurritur mihi...

Bartole, *eod. loc.*, n° 13. ... aut quis scit valorem rei, et iste bene potest precio viliori vendere et sic partem donare... Etiam si illa verba (quod plus valet donavit) non essent apposita in contractu, haec igitur lex non haberet locum in sciente valorem rei...

(2) Specul. juris, liv. IV, De resc. vend^e^, n° 12. Quid si aliquis scienter emerit rem ultra dimidiam justi precii, numquid ei succurritur... videtur quod non. Non enim videtur decipi qui scivit nec dolus ei infertur... Item emptor non potest conqueri de eo quod tempore contractus scivit... nec videtur celatus qui scivit... licet quidam dixerint contra per premissa jura que non distinguunt sciverit vel ignoraverit.

(3) Paul. Castr., *eod. loc.*, n° 7. ... secunda conclusio quod ex ipso censetur renuntiasse, si sciebat verum valorem rei et sic se decipit ultra dimidiam justi precii etiamsi aliter expresse non renuntiet... Hoc tenet expresse Specul... idem tenent hic Bar. et Bal. dicentes quod in formatione libelli debet asserere se fuisse deceptum et sic ignorasse verum pretium, ad hoc ut libellus concludat...

(4) Nicol. Boerii, Decis. Aureae, quest. 142, n° 3. ... aut loquimur in venditore habente scientiam valoris rei venditae, et tunc etiamsi illum rei valorem non donaverit, non habet locum remedium... quia tacite sicut expresse renunciare illi potest, cum volenti et scienti non fiat injuria vel dolus...

ignorance. A supposer que la présomption soit en fait inexacte, on invoque encore pour justifier que la charge de la preuve incombe au vendeur qu'il est en faute s'il ne connaît pas sa chose. La présomption précédente ne peut se justifier que parce que le vendeur a joui de la chose comme propriétaire. On ne l'applique donc pas au cas où c'est l'acheteur lésé qui réclame la rescision. On trouvera cette doctrine enseignée notamment par Guill. Durand dans son « speculum juris » (1).

En fait, comme l'avait remarqué Albericus, elle laissait peu d'applications à la rescision au profit du vendeur. On lui faisait observer en outre qu'elle arrivait en fait à présumer chez le vendeur une intention libérale, un « animus donandi » que rien n'établissait, alors que de droit commun on ne suppose jamais que quelqu'un fasse ainsi bon marché de son bien (2). C'est à cause de cela qu'une doctrine exactement opposée présumait jusqu'à preuve contraire l'ignorance du vendeur et laissait la preuve de sa « scientia » à la charge du « decipiens ». Ce n'est plus l'ignorance du vendeur qui est un élément nécessaire à la rescision, c'est sa connaissance qui fournit une exception à la demande. Cette doctrine semble avoir eu plus de succès chez les glossateurs français que la précédente. C'est elle qu'enseignait Pierre de Belleperche, au dire de Cynus (3). C'est elle qu'adopte Johannes Faber (4); c'est à elle que se rallie bien plus tard

---

(1) Specul. jur., *eod. loc.* Sed nonne venditor semper scire præsumitur valorem rei suæ? et sic videtur quod nullo tempore aget nisi ostendat justam ingnorantie causam. Sed certe licet scire presumatur, non ideo agendi facultas tollitur.

(2) Voir plus bas le passage transcrit de Boerius.

(3) Cynus, *eod. loc.*, n° 14... Hoc non approbat Petrus et valde bene movetur. Dicit enim quod ubi res fuit mea non successione alterius extranei, juris praesumptione non praesumor scire ut excludar a beneficio restitutionis... aut est enormis lesio aut modica; ubi est modica lesio, tunc, si nescio, sum in culpa et culpa ista in modica lesione me repellit a restitutione; at ubi est magna lesio non excludar, quia non est culpa damnabilis; unde tunc praesumitur ignorans non sciens. Sufficit ergo si probo quod secundum communem estimationem sum deceptus...

(4) Joh. Faber, Instit. Quibus ex causis — in fraudem — Qui vendidit rem et fuit deceptus ultra mediam justi precii, ignorans valorem non teneatur

Boerius (1). Elle est même adoptée par Paul. Castrensis (2). Peut-être Bartole s'y ralliait-il. Son opinion n'est nulle part très fermement exprimée (3).

Enfin on doit à Cynus (4) une tentative de transaction entre les deux opinions extrêmes. Cynus admet avec la première doctrine que le propriétaire vendeur est présumé connaître la valeur de sa chose et par conséquent que c'est à lui à prouver son ignorance, s'il veut obtenir la rescision. Mais il tempère cette rigueur en admettant que, pour renverser la présomption, il suffira au vendeur d'établir qu'il a trouvé la chose dans la succession d'un « extraneus ». La distinction est singulière, puisque la connaissance que le vendeur a de la chose est bien plutôt en rapport avec la durée pendant laquelle il l'a possédée qu'avec la cause de son acquisition. Elle ne s'explique que par une raison exégétique. Elle est tirée de la l. 42 D. de divers. reg. juris. C'est à cause de cela sans doute qu'elle a eu peu de succès et a tout de suite laissé le champ libre à la seconde opinion.

Désormais toute cette condition d'ignorance a reçu sa

---

probare ignorantiam ad finem quod possit gaudere beneficio illius legis... Quæ non habet locum ubi sciens valorem rei, vendidit minoris.

(1) Boerius, *eod. loc.*, n° 6, aut loquimur in ignorante valorem rei, aut in dubio, et in utroque casu auditur, quia quamvis in dubio quis rerum presumatur scires vires... tamen talis praesumptio tollitur cum quis non praesumatur jactare suum... et in dubio non est praesumenda donatio que confundit illam primam praesumptionem... Et sic fortior praesumptio elidit minus fortem... et quamvis iste venditor fuerit in culpa, rei suæ ignorando valorem, emptor tamen ita enormiter cum decipiendo praesumitur in dolo fuisse, vel saltem quod intervenit dolus re ipsa et dolus ex proposito, in re ipsa æquiparantur...

(2) Paul Castr., *eod. loc.*, n° 8. Tertia conclusio quod in dubio quando est tanta lesio, praesumitur ignorasse potius verum pretium quam scivisse; alias raro locum haberet ista lex. Sed quando non est tanta lesio, praesumitur potius scivisse pretium rei suæ... hoc vult ibi Cynus...

(3) Bartole, C. de resc. vend. l. quisquis (15). Nota quod quis scire praesumitur facultatem sui patrimonii, gl. intelligit hanc. l. in eo qui est deceptus infra dimidiam justi precii, nam in eo qui est deceptus ultra dimidiam partem, immediate praesumitur error; nec est praesumptio quod sciverit. Idem etiam tenet docto. Quod tene menti.

(4) Cynus, *loc. cit.* Et hoc probo (ignorantiam) probando quod successi in locum alterius unde praesumetur postea ignorantia, ut D. de reg. juris l. qui in alterius... alias non habeo justam causam ignorantie et sic excludor. Voir la suite du texte, plus haut.

complète élaboration et subsistera jusqu'à ce que l'effort des canonistes la fasse disparaître.

En somme le rôle des romanistes a consisté, d'une part, à restreindre la portée des renonciations à la rescision, quelque forme qu'elles aient revêtue, et à exiger pour leur validité, au moins dans la doctrine française, que le renonçant ait été pleinement éclairé sur ce qu'il abandonnait, — et d'autre part à rapprocher en matière de rescision la condition de celui qui n'avait fait aucune renonciation de la situation de celui qui avait renoncé, en refusant le droit à la rescision à celui qui connaissait la valeur de la chose vendue. C'est une sorte d'unification du droit qu'elle a produit, justifiée par le peu de part qu'a la volonté des parties dans l'insertion des renonciations devenues clauses de style et le caractère tout accidentel de leur absence.

C'est sur ce droit que va maintenant s'exercer l'influence canonique pour lui faire franchir une nouvelle étape et le rapprocher du droit romain pur ou même le porter au delà dans la voie de la protection et de l'égalité des contractants.

Ed. Meynial,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris.

Ueber den Ausdruck « Potentiores » in den Digesten

In mehreren Konstitutionen des Theodosianischen und auch des Justinianischen Kodex spielt der Begriff der Potentiores eine eigentümliche Rolle.

Wie das Wort von selbst ergibt sind darunter Personen zu verstehen, welche durch soziale Macht und Ansehen hervorragen, so dass der niedriggestellte, ja selbst der gewöhnliche Staatsbürger ihrem Einfluss ausgesetzt und gegen Uebergriffe desselben nicht geschützt ist. Denn, das klingt in den Gesetzen jener Zeit wiederholt durch, auch die Rechtspflege selbst und die Verwaltung ist über denselben keineswegs erhaben und so droht es dem Ohnmächtigen, dass ein übermächtiger Widersacher ihn trotz Anrufung gesetzlicher Hilfe widerstandslos vergewaltigt.

Das älteste Gesetz, welches von diesem Gedanken getragen wird, ist eine Konstitution des Kaisers M. Aurelius Claudius, welche zwischen 268 und 270 ergangen sein muss und von Diokletian und Maximian in einem Reskript vom Jahr 293 C. J. 2, 13, 1 erwähnt wird : jenes Gezetz verbietet unter der Androhung der Anspruchsverwirkung, dass jemand « sibi potentiorum patrocinium advocaret ».

Sodann begegnen wir dem Eingreifen der Potentiores in den ordentlichen Lauf der Rechtspflege in einem grossen Gesetz, welches Honorius und Theodosius i. J. 422 über verschiedene Punkte des Schuldrechts erlassen haben und das in den Rechtsbüchern, in eine Anzahl von Fragmenten zerschlagen, auf verschiedene Stellen verteilt ist : C. Th. 2,

13, 1 ; 2, 28, 1 ; 2, 31, 1 ; 2, 32, 1 ; 8, 8, 10 ; 2, 30, 2 (die hier nach dem Theodosianus angeführten Stellen sind auch in den Codex Justinianus aufgenommen). Das Fragment dieses Gesetzes, in welchem Honorius und Theodosius die Potentiores erwähnen, ist C. Th. 2, 13, 1. Ausserdem kommt noch ein etwas älteres Gesetz von Arcadius und Honorius a. d. Jahr 400 in Betracht ; C. Th. 2, 14, 1. Ersteres Gesetz, C. Th. 2, 13, 1, verbietet die Zession an Potentiores, letzteres, C. Th. 2, 14, 1, bei schwerer Strafe den Missbrauch, dass der beklagte Besitzer eines Immobile in fiktiver Weise einen Potentior als den Passivlegitimierten bezeichnet.

In Bezug auf die Verwaltung macht sich der Einfluss der Potentiores geltend in C. Th. 13, 7, 1 und 2, wenn die der Transvectio publica unterliegenden See- und Flussfahrzeuge auf ihren Namen überschrieben und so dem öffentlichen Dienst entzogen werden.

Dass sie in C. Th. 9, 1, 17 als Ankläger in Kriminalprozessen, welche Subscriptio in crimen verlangen, von persönlicher Anwesenheit nicht dispensiert werden, zeigt allerdings nur, dass sie hier ein ihnen nicht zukommendes Privileg in Anspruch genommen hatten ; den weiten und unheilvollen Einfluss, den sie sonst hatten, zeigt aber wieder aufs deutlichste die Rede des Libanius περὶ προστασιῶν. Ausserdem haben die von Jean Maspéro edierten Papyri der justinianischen Zeit jüngst die schlagendsten Beispiele von Vergewaltigung Untergeordneter und erfolgreichem Trotz gegenüber der immer mehr erschlaffenden Staatsgewalt gebracht, welche die Angehörigen jener Junkerklasse sich in byzantinischer Zeit erlauben durften.

Die soziale Basis solcher Verhältnisse ist eben in der um sich greifenden Zersetzung des zentralistischen Organismus gegeben, den das Reich darstellen sollte, und in der gleichzeitigen Ausbildung der grossen Gutsherrschaften mit dem sie begleitenden Anhang von tatsächlicher und teilweise auch rechtlicher Exterritorialität, welche diese Bezirke fast zu Trotzburgen des Faustrechts gemacht haben muss.

Aber eben deswegen liegt die Folgerung nahe, dass, so lange dieser Mutterboden noch nicht gegeben war, auch die

Vorstellung vom Vorhandensein solcher Mandarine gefehlt haben muss. Nun ist es durch die heutige Forschung ziemlich sichergestellt, dass die Ausbildung dieser Verhältnisse noch keineswegs in die klassische Zeit der römischen Rechtsordnung verlegt werden darf; wir wissen, dass z. B. in Aegypten bis zum dritten Jahrhundert nach Christus noch ein im wesentlichen sehr geordneter Rechtszustand geherrscht hat und wenn es auch an Gutsherrschaften (οὐσίαι) daselbst in jener Zeit keineswegs gemangelt hat, doch an eine Emanzipation derselben von der damals noch sehr kräftigen Staatsgewalt ebenso wenig zu denken ist, wie an eine Vergewaltigung der mittleren und niederen Klassen; und zu demselben Resultat führt alles, was wir von den sonstigen Teilen des Reichs für die ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit erfahren. Dass die soziale Ungleichheit sich in einzelnen Fällen bemerkbar machen konnte, ist gewiss auch für diese Zeit selbstverständlich und so dürfte es uns nicht Wunder nehmen, wenn gegen einen Missbrauch derselben gelegentlich eingeschritten würde. Aber einen so alltäglichen und gewissermassen selbstverständlichen Faktor des bürgerlichen Lebens wie später kann sie damals unmöglich gebildet haben.

Umso mehr muss es auffallen, wenn in einigen Stellen der Digesten anscheinend schon von den klassischen Juristen die Standesverschiedenheit als Faktor des Rechtsschutzes in Rechnung gestellt wird (1). Dies umso mehr als diesen, die in Rom schreiben, jene Verhältnisse praktisch, selbst wenn sie bestanden, am allerfernsten gelegen hätten. Wenn man erwägt wie wenig sie sonst um das was spezielle und *nachweisliche* Eigentümlichkeit der Provinzen ist — das ausserrömische Italien hiebei eingeschlossen — sich zu

(1) Allerdings weiss ich, dass die Klage über Ungleichheit der Stände und die Ungerechtigkeit der Machthaber jederzeit sich findet und Gothofred (im Commentar zu C. Th. 2, 13, 1) verfehlt nicht, sie durch Zitate aus Hesiod und Pindar zu belegen. Aber von solchen allgemeinen Wehklagen, die natürlich auch beim Spezialisten des Weltschmerzes, Hamlet (in seinem Monolog) wiederkehren, bis zur Behandlung der Potentes als Rechtsbegriff ist ein gewaltiger Schritt.

bekümmern pflegen, muss es doppelt befremden, sie gerade einen Punkt hervorheben zu sehen, den wir sonst in den Provinzialverhältnissen jener Zeit gerade *nicht* beobachten können.

Es liegt sehr nahe, diese auffällige Erscheinung durch Annahme von Interpolationen zu erklären. Und diese lassen sich bei den einschlägigen Stellen in der Tat auch entweder erweisen oder doch wahrscheinlich machen. Allerdings weiss ich wohl, dass nicht in allen Fällen die Interpolation vollkommen sicher nachweisbar ist. Aber für die meisten (N° 2, 4, 5, 6, 7) halte ich sie für gewiss und dieser Umstand verstärkt meinen Verdacht auch berüglich N° 1 und 3, hinsichtlich deren ich sonst vielleicht Zweifel hegen würde.

1. Die zunächst in Betracht zu ziehende Stelle ist Gaj. IV ad ed. prov. D. 4, 7, 1, 1.

Es ist daselbst von der Ediktsrubrik « de alienatione judicii mutandi causa facta » die Rede. Als Beispiel für den im Principium gegebenen allgemeinen Grundsatz wird hierbei folgendes gebraucht :

> Itaque si alterius provinciae hominen aut potentiorem nobis opposuerit adversarium, tenebitur

wozu fr. 3 — im Original mit fr. 1 zusammenhängend — hinzufügt :

> « quia etiamsi cum eo, qui alterius provinciae sit, experiar, in illius provincia experiri debeo et potentiori pares esse non possumus ».

Hier halte ich die Nennung des Potentior beidemal für ziemlich sicher tribonianisch.

Ich möchte zunächst auf einen grammatischen Umstand hinweisen, nämlich darauf, dass im Principium des fr. 3 ein auffallender Wechsel zwischen Singular — experiar — und Plural — pares esse non possumus — stattfindet. Freilich könnte man sagen, dass der Plural auch in fr. 1, 1 steht und dadurch jener in fr. 3 gerechtfertigt wird ;

aber der hier enthaltene plötzliche Wechsel zwischen Singular (1) und Plural bleibt doch sehr auffallend. Immerhin will ich auf dieses grammatische Moment kein entscheidendes Gewicht legen.

Stärker aber ist das sachliche, nämlich die enorme Banalität der Begründung « potentiori pares esse non possumus » Ganz abgesehen davon, dass niemand einem Klassiker, der doch das Bewusstsein hat in einem Rechtsstaat zu leben, die groteske Behauptung zutrauen wird, gegen mächtige Leute könne man vor den Gerichten nicht aufkommen. Einen solchen Passus halte ich im Munde des Gajus einfach für unmöglich.

Mit der gleichen Erwägung fällt aber die Nennung des Potentior auch für fr. 1 dahin ; auch für diese Stelle ist es ausgeschlossen, dass man in der Substitution des Potentior einen rechtlich fassbaren Eingriff in die Lage des Klägers gefunden haben sollte. Auf den Standpunkt, dass die Uebertragung der vindizierten Sache auf eine Person von Rang und Ansehen den Kläger ohne weiteres schädigen muss, hat sich gewiss kein Jurist jener Zeit gestellt. Andernfalls sollte man doch erwarten, diesen Fall auch im Edikt über die Kognitur und Prokuratur berücksichtigt zu finden, d. h. es würde gesagt sein, dass solche Personen für Personae mediocres nicht Prozessvertretung leisten dürfen — analog der später in C. J. 2, 13, 1 getroffenen Vorschrift. Davon ist aber nirgends die Rede. Zwar ist der Wortlaut des Edikts nicht überliefert ; aber die Kompilatoren hätten schwerlich unterlassen, einen für ihre Zeit so wichtigen Teil des Edikts wiederzugeben.

Ob die Interpolation nicht noch weiter reicht und auch die Worte « quia etiamsi — experiri debeo » unecht sind, will ich dahingestellt sein lässen. Ganz einwandsfrei sind sie nicht : das adversative « etiamsi » ist unlogisch. Denn, dass das « experiri posse » gegen den Dritten möglich ist,

---

(1) Was diesen Singular selbst betrifft, so ist sein Auftreten nach dem Plural des Hauptsatzes nicht allzu auffällig ; er findet sich gerade bei Gajus auch sonst, vgl. z. B. seine Inst. 2, 91.

ist ja Voraussetzung des ganzen Edikts. Richtig müsste daher gesagt sein : « si experiar ». Ausserdem ist der ganze Satz überflüssige und leere Paraphrase.

2. In demselben Digestentitel findet sich gleich noch eine zweite Erwähnung der Potentiores, nämlich in fr. 12 :

> Si quis judicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, ex lege Licinnia ei interdicitur, ne communi dividundo judicio experiatur : verbi gratia ut potentior emtor per licitationem vilius eam accipiat et per hoc iterum ipse recipiat sqq.

Es ist hier nicht der Ort, auf den Inhalt dieses vielleicht in grösserem Umfang verderbten und entstellten Fragments allseits einzugehen, zumal ich auf dasselbe in anderem Zusammenhang zurückzukommen gedenke. Aber es ist dies auch nicht nötig; denn die Interpolation des hier interessierenden Passus : « verbi — recipiat » steht auf alle Fälle ausser Zweifel und ist schon von Partsch (Mémoire du Jubilé de l'Université de Genève, 1909, p. 17 A. 4) und Beseler (Beiträge, 2, 155) angenommen worden. Irgend einen Sinn gibt der angefochtene Satz nicht ; im Gegenteil, er ist so schlecht eingeflickt, dass er ganz verkehrt wirkt. Wenn es wirklich Marcianus gewesen wäre, der die mit « verbi gratia » beginnenden Worte als Beispiel verwendete, so hätte er sie auch dorthin gestellt, wo sie wirklich exemplifizieren konnten, also gesagt : « Si quis judicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, verbi gratia ut potentior emtor per licitationem vilius eam accipiat sqq. ». Statt dessen ist dies jetzt angehängt hinter die Worte « ei interdicitur ne communi dividundo judicio experiatur, verbi gratia ut usf. ». Es ist also als Subjekt des experiri noch der alte Teilhaber gedacht während gemäss dem alienaverit doch nur der Rechtsnachfolger die Teilungsklage erheben könnte.

3. Ulp. l. VII ad ed. D. si ex noxali ca. 2, 9, 1, 1. Hier ist die Rede davon, unter welchen Voraussetzungen die Verpflichtung aus dem Vadimonium betreffend die Gestel-

lung eines noxalschuldigen Sklaven erfüllt ist. Die Stelle lautet :

> « In eadem causa » quid sit videamus : et puto verius eum videri in eadem causa sistere, qui ad experiendum non facit jus actoris deterius. Si desinat servus esse promissoris vel actio amissa sit, non videri in eadem causa statum Labeo ait : vel si qui pari loco erat in litigando coepit esse in duriore vel loco vel persona mutata : itaque si quis ei qui in foro promissoris conveniri non potest venditus aut potentiori datus sit, magis esse putat ut non videatur in eadem causa sisti sqq. »

Hier werden die Worte « aut potentiori datus » schwerlich echt sein ; wahrscheinlich ist übrigens noch mehr interpoliert.

Gegen die Echtheit von « aut potentiori datus » spricht folgendes. Vorher steht : « si quis venditus » (sit). Nun ist « venditus » im höchsten Grade unpräzis : der obligatorische Kauf lässt ja das Eigentum des Beklagten ganz unberührt, auf dessen Verlust es hier allein ankommt ; so liederlich kann sich Labeo an einer so wichtigen Stelle nicht ausgedrückt haben. Es muss also im Original geheissen haben « mancipio datus », allenfalls auch « in jure cessus vel mancipio datus ». Wären nun die Worte « aut potentiori » echt, so müssten sie notwendig vor « mancipio datus » (resp. « in jure cessus vel mancipio datus ») gestanden haben ; dann aber würde infolge der Streichungen der justinianische Text lauten « itaque si quis ei qui in foro promissoris conveniri non potest aut potentiori datus (oder etwa traditus) sit ». Dass jetzt das Prädikat (venditus) schon vor « aut potentiori » und gleich hinter « potest » steht, zeigt (vorausgesetzt, dass nicht überhaupt der ganz Satz unecht ist), dass schon in der alten Vorlage hier ein Prädikat gestanden hat : dann kann aber auf dieses nichts mehr gefolgt sein.

Uebrigens gestehe ich, dass mir der ganze Satz mit « si quis » — das « quis » soll hier ein Rechts*objekt*, den Sklaven bedeuten — auch sonst verdächtig ist. Steht ja schon der

Umstand, dass nur Veraeusserungen an *bestimmte* Personen (qui in foro promissoris conveniri non poterit, potentior) als anspruchserzeugend genannt sind, mit dem Vorhergehenden in Widerspruch ; denn hier hatte Labeo gesagt, dass *jede* Veraeusserung dem « sistere in eadem causa » zuwiderläuft!

4. D. loc. 19, 2, 33. Afric. VIII quaest.

Diese lange Stelle enthält eine Auseinandersetzung über die Haftung des Locator bei eingetretener unverschuldeter Publikation des Pachtobjekts. Er wird nur für Rückstellung des Zinses, nicht auch für das volle Interesse verantwortlich gemacht ; das wird am Schluss durch ein Beispiel bekräftigt mit den Worten : « nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur ; sin vero ab eo interpellabitur quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis ».

Hier sind die Worte « propter vim maiorem aut potentiam eius » schon an sich verdächtig. Erstens : was soll es heissen, dass man jemanden « propter vim maiorem eius » nicht abhalten kann ? « Vis maior » ist sonst in den Quellen — dafern es überhaupt echt ist — stets als Bezeichnung des die Unmöglichkeit begründenden Ereignisses selbst gebraucht, nicht als Qualität eines Menschen ; undwenn man das « eius » bloss auf « potentiores » bezieht, so ist es vollends unsinnig zu sagen, man kann jemand nicht abhalten wegen irgend einer höheren Gewalt. Wird schon durch diese üble Gesellschaft das Wort potentia mit verdächtigt, so ist es auch an sich ganz unhaltbar ; wozu gibt es denn Gerichte und Polizei, wenn man sich gegen starke Leute nicht zur Wehr setzen kann ? Und was ist das für eine Rechtsordnung, die einen Rechtssatz auf ihre eigene Unzulänglichkeit aufbaut ?

Es ist mir übrigens zweifelhaft, ob die Interpolation sich auf « vis maior » und « potentia » beschränkt und nicht der ganze hier ausgeschriebene Satz von « nam et si colonus

— debebis » justinianisch ist. Während im Eingang der Pächter als Ego bezeichnet wird, heisst er hier plötzlich « colonus tuus » und ausserdem ist der ganze Zusatz höchst überflüssig, da die Argumentation schon im Eingang der Stelle eine ganz ausreichende ist.

5. Callistr. l. V de cognit. D. 48, 19, 28, 7.

Eine längere Auseinandersetzung darüber, dass das « confugere ad statuas vel imagines principum » verboten ist. Eingesprengt ist der Satz » :

> « nisi si quis ex vinculis vel custodia detentus a potentioribus ad huiusmodi praesidium confugerit; his enim venia tribuenda est ».

Verdacht gegen die Klassizitaet ergibt sich hier schon grammatisch aus dem Wechsel vom Singular zum Plural « his ». Die Entscheidung kennzeichnet sich als tribonianisch noch durch das charakteristische « nisi ».

6. Gaj. l. IV ad l. XII tab. D. 44, 6, 3.

Die bekannte Stelle über das Verbot des In sacrum dedicare bei der Res litigiosa. Sie schliesst mit den Worten :

> « sed duplum utrum fisco aut adversario praestandum sit nihil exprimitur ; fortassis autem magis adversario, ut id veluti solacium habeat pro eo quod potentiori adversario traditus est ».

Der Schluss ist sicher tribonianisch. Schon das « fortassis » ist mehr als verdächtig ; sodann die Konstruktion mangelhaft, indem dahinter das regierende Zeitwort fehlt ; und der vollständige Mangel einer sachgemässen Begründung ! Statt ihrer die törichte Bemerkung « ut id veluti solacium habeat ». Solacium ist typischer Graezismus, die παραμυθία der Novellensprache. Endlich « tradere aliquem potentiori adversario ».

7. Paul. l. XXXXIX D. 39, 3, 14 pr.

> Antaeus ait, si is qui opus fecerit, potentiori vendiderit praedium, quatenus desierit dominus esse, agendum cum eo quod vi aut clam sqq.

Das Wort potentiori ist hier, da der Verkauf an *irgend* einen andern ein ausreichendes Tatbestandsmoment bildet, so überflüssig, dass Faber einen Schreibfehler angenommen und « postea alteri » vorgeschlagen hat. Indessen ist diese Korrektur palaeographisch unwahrscheinlich. Anzunehmen ist vielmehr, dass im Urtext die Person des Käufers gar nicht bezeichnet war, also einfach stand « vendiderit » und dass die Kompilatoren ihr beliebtes « potentior », natürlich ganz unüberlegter Weise, eingeschoben haben.

8. Zweifelhafter als in den bisher genannten ist mir die Interpolation in einer weiteren Stelle, Ulp. lib. 1 de off. procons. D. 1, 16, 9, 5. Hier wird es als Aufgabe des Proconsuls bezeichnet, auf Anrufen den rechtsuchenden Parteien einen Anwalt zu geben » :

> « sed si qui per potentiam adversarii non invenire se advocatum dicat, aeque oportebit ei advocatum dare. Ceterum opprimi aliquem per adversarii sui potentiam non oportebit. Hoc enim etiam ad invidiam eius, qui provinciae praeest, spectat, si quis tam impotenter se gerat, ut omnes metuant adversus eum advocationem suscipere ».

Denn an sich steht diese Aeusserung mit dem wohlgeordnetem Rechtszustand der früheren Kaiserzeit gewiss nicht im Widerspruch, bringt ihn vielmehr gerade recht zum Ausdruck. Andererseits ist freilich in der Stelle zweifellos manches interpoliert worden, so im Eingang « plerumque », vielleicht auch die folgenden Beispiele « feminis vel — debebit » ; es fällt namentlich auf, dass der Pupill und Geisteskranke einen Anwalt erhalten soll, während doch für ihn ein Vormund oder Pfleger das Erforderliche ist. Dadurch wird dann auch der weitere Inhalt der Stelle etwas suspekt. Suspekt ist auch « oportebit ei advocatum dare » (statt dari) was freilich auch Schreibfehler sein kann. Die Worte « eius qui provinciae praeest » sind eingesetzt statt « proconsulis » (Ulpian). Ebenso unecht ist der verallgemeinernde Schluss in § 6. Andererseits klingen die Worte « hoc enim ad invidiam — spectat » gut und

finden sich auch in einer noch erträglich stilisierten Konstitution von Valens und Valentinian v. J. 365, Consult. 9, 5, ziemlich genau wieder.

Wahrscheinlich echt ist die mit der eben besprochenen verwandte Stelle Ulp. lib. I opin. D. 1, 18, 6, 2.

Hier ist aber auch gerade das Gegenteil vom dem was die zuerst angeführten sieben Stellen annehmen als selbstverständlich vorausgesetzt. Wenn dort der Kampf gegen den Mächtigen von vornherein als verloren gilt, so ist hier der richtige und einleuchtende Standpunkt eingenommen, dass dieser Kampf jederzeit mit Aussicht auf Erfolg möglich sein muss.

Ziehen wir aus dem Gesagten die Summe, so dürfen wir es wohl als sicher ansehen, dass, wo immer in den Digesten eine rechtliche Ueberlegenheit der Potentiores als gegeben und unabwendbar angesehen wird — und das ist in der überwiegenden Mehrzahl der angeführten Stellen der Fall- die Auffassung einer späten Zeit in den Urtext der Klassiker eingedrungen ist. Es scheint mir auch vom allgemein geschichtlichen Standpunkt nicht unwichtig, dieselben von diesem verwirrenden Einschiebsel zu befreien.

Einige andere Stellen, wo das Wort vorkommt (D. 20, 4, 6, 1-2 ; 33, 10, 7, 2 ; 34, 2, 32, 1 ; 45, 1, 91, 3) gehören gar nicht in unseren Zusammenhang, indem dasselbe hier einfach den Sinn von « potior » besitzt und gelegentlich — z. B. wenn auf Rechte, wie das Pfandrecht bezogen — direkt für « potior » verschrieben ist. Diese Stellen sind also hier höchstens in dem Sinne zu erwähnen, dass gerade diese Verschreibungen darauf schliessen lassen, dass das Wort den byzantinischen Schreibern besonders geläufig war.

Ludwig Mitteis,
Professor an der Universität Leipzig.

La Novelle L de Léon le Sage et l'insinuation des donations [1]

I

C'est l'opinion de Zachariae a Lingenthal (2), c'est aussi l'opinion générale, que l'insinuation des donations (3) a disparu, et pour jamais, du droit byzantin à l'époque des Iconoclastes. La Novelle L de Léon en supprimant l'insinuation n'aurait donc fait que constater l'inutilité d'une formalité tombée définitivement et depuis longtemps en désuétude.

---

(1) Pour l'origine de l'insinuation et les détails du système au VI[e] siècle, v. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* [5], p. 942 ; cf. Marezoll, *Ueber die Insinuation der Schenkungen nach dem neuesten römischen Rechte* dans la *Zeitschrift für Civil Recht und Process* de Linde, Marezoll et Wening-Ingenheim, I [2] 1840, p. 1-46.

(2) *Geschichte der Griechisch-römischen Rechts* [3], 1892, p. 305.

(3) Marezoll, *op. cit.*, p. 5, fait une juste remarque : aucun texte ne définit l'insinuation, mais on peut s'en faire une idée nette par les termes employés pour la désigner, et à l'aide des procès-verbaux reproduits dans Marini, *I papiri diplomatici*, 1805 et dans Spangenberg, *Tabulae negotiorum solemnium*, 1822. Les termes employés sont variés : *insinuare, intimare, insinuare actis intervenientibus, gestis adlegare, apud acta adlegare, gestorum ordinatio, confectio actorum, testificatio actorum, relatio in acta publica, contestatio apud acta, gesta conficere, monumentorum accessio, gesta monumentorum*, ὑπομνέματα , πεπραγμένα , πράξις ὑπομνημάτων , ἐμφάνισις , πραττόμενα , κ. τ. λ. Cette diversité de termes fait voir l'insinuation sous tous ses aspects. Elle prouve que, si la transcription intégrale de l'acte relatant une opération juridique était la chose essentielle, elle ne constituait pas, à elle seule, une insinuation régulière. Il y fallait des solennités devant les autorités compétentes, V. *infra*, p. 253, n. 3, 4 (Spangenberg, p. 138 : *gestorum nobis editionem jubete solemniter celebrari*), des interrogations, des déclarations des parties, des enquêtes au cas où le donateur était absent, pour savoir s'il avait fait ou fait faire l'acte. Puis le dit acte était lu (*suscipiatur charta* disait le

J'ai autrefois partagé l'opinion de Zachariae (1). Les textes invoqués par l'illustre byzantiniste me paraissaient fort clairs. Mais, peu à peu, des doutes ont surgi dans mon esprit. Souvent on voit moins clair quand on regarde mieux. Je ne crois plus à la disparition de l'insinuation au VIII^e^ siècle. Même après Léon l'Isaurien et Constantin Copronyme on continua de recourir à l'insinuation. La Novelle de Léon, elle-même si précise et si nette se heurta à bien des obstacles. Les théoriciens, en général, s'obstinèrent à maintenir la règle du vieux droit et leur résistance dura aussi longtemps que l'empire d'Orient. Au contraire, les hommes d'affaires s'appliquèrent, pendant des siècles, à introduire dans le droit usuel la règle léonienne, et, à la longue, leur volonté triompha.

Telle est ma thèse. Dans les lignes qui suivent je voudrais essayer de la justifier.

II

Lisons d'abord la Novelle L.

Il est entendu que je me sers du texte grec donné par Zachariae au tome III du *Jus Graeco Romanum* (2). Toute-

---

magistrat, *quæ offertur et legatur*). Une fois l'acte récité et textuellement reproduit par l'*Officium*, le magistrat ordonnait l'insertion (dépôt) de l'acte aux archives : *quod lectum est actis indetur, lecta chartula donationis in acta migravit*, Nov. 73, 7, 2 : ποιεῖσθαι ἐμφανῆ τὰ συμβόλαια καὶ κατατίθεσθαί τε ἐπὶ πράξεως ὑπομνημάτων. L'*instrumentum* était donc annexé. Après quoi, le magistrat demandait aux parties requérantes — en général une seule requiert (*prosequitur*) parce que l'acte contient une *licentia allegandi* — ce qu'on désirait encore : *quid amplius fieri desideratur*? Le *Prosecutor* répondait à peu près ceci : *ut de iis quæ peracta sunt, ad munimen meum, gesta mihi ex more edi cum vestra subscriptione præcipiatis a competenti officio.* Et aussitôt, il en était ainsi ordonné ; cf. Spang. p. 109, 138, 173, 195, 223, 251, etc. Tout cela faisait l'objet d'un procès-verbal, et ce qui avait été dit, lu, déclaré, fait, demandé, obtenu, y était minutieusement et intégralement relaté. Enfin, l'expédition demandée était remise certifiée au requérant par l'*exceptor*. Cf. Spang, p. 251, et, sur le sens du mot *edere*, Mommsen, *Juristische Schriften*, 1907, III, p. 280.

(1) H. Monnier, *Etudes sur l'* Ἐπιβολή, *Nouv. Rev. hist.*, 1895, p. 86, et *Méditation sur la loi* Ἑκατέρῳ, Paris, 1900, p. 159. Cf. L. Siciliano Villanueva, *Diritto Bizantino*, Milan, 1906, p. 135.

(2) p. 142-143. J'ai collationné le texte de Zachariae avec le manuscrit de Montpellier. Voici les variantes les plus importantes (quelques-unes sont des

fois dans la phrase : ἡν᾽ οὐδὲ τὴν ῥηθεῖσαν ἐπὶ δωρεαῖς ὅλως ἴσμεν, je repousse la correction τηρηθεῖσαν proposée par Cujas (1) et reçue par Zachariae, et je maintiens la leçon τὴν ῥηθεῖσαν qui est celle des manuscrits (2).

Voici la traduction de la Novelle :

« Attendu que beaucoup font des donations, tantôt à titre « rémunératoire, tantôt par pure bienveillance, il a paru « utile de distinguer quelles donations sont inébranlables et « quelles sont sans force.

« Les anciens, après examen, avaient décidé que la dona- « tion supérieure à cinq cents *aurei* ne serait pas valable si « un acte public ne la rendait manifeste, l'*accipiens* eût-il « retiré une preuve sûre de la donation par le moyen d'un « écrit secret de la main même du donateur.

« Je ne sais ce que, par cette subtilité superflue, voulaient « les anciens. Quand une donation était écrite et que le « témoignage qui se joignait à l'écrit était irrécusable, « qu'était-il besoin d'un minutieux examen complémentaire?

« C'est pourquoi, ayant fait cesser par décret cette forma- « lité superflue, formalité que nous savons n'avoir pas été « édictée d'une manière absolue pour les donations, il nous « paraît bon d'établir ceci : Que la donation supérieure à « cinq cents *aurei*, si elle est écrite, reste inébranlable; si « elle est non écrite, qu'elle soit sans force pour ce qui « excède cinq cents nomismes, même si le donataire qui « réclame une chose donnée la réclame avec témoins (3);

---

fautes évidentes) que donne ce manuscrit : ἐνίοις (pour ἐνίους), οἱ τε (p. οὕας τε), ὑπερτίνει (p. ὑπερτείνει), καὶ (p. κἂν), τὸ περίεργον (p. τὴν περίεργον), τὴν ῥηθεῖσαν (p. τηρηθεῖσαν), θεμίσματα (p θεσπίσματι), ἀντιποιεῖται (p. ἀντιποιῆται).

(1) *Observ. et Emend.*, lib. XVII, ch. 32.

(2) On sait que le manuscrit original des Novelles de Léon est le célèbre *Codex Marcianus* 179. Tous les autres manuscrits, le Palatino-Vaticanus 387, la copie de Vigile Zuichem, le *Meermanianus*, le *Codex* de Montpellier, H. 73, sont des copies prises sur le manuscrit de Saint-Marc.

(3) ... κἂν ὑπὸ μάρτυσιν ὁ τῆς δωρεᾶς ἀντιποιούμενος ταύτης ἀντιποιῆται. Agylée traduit : *tametsi donatarius praesentibus testibus rem donatam adeptus sit.* Gust. E. Heimbach, sur Harménopule, III, 1, 17, traduit : *etiamsi is qui donationem sibi vindicat eam cum testibus persequatur.* Je crois ma traduction plus proche du texte : ἀντιποιεῖσθαι avec le génitif a le sens de faire valoir ses droits sur une chose. Cf. Nov. Leonis 95.

« jusqu'à cinq cents nomismes, que la donation même non « écrite vaille si elle est confirmée par trois témoins. C'est « d'après cette règle qu'on devra décider si les donations sont « ou non valables ».

Sur le sens général de cette Novelle aucune discussion n'est possible. L'obligation d'insinuer, quand la donation dépasse cinq cents nomismes, disparaît. Pour qu'une telle donation soit valable en totalité, il faut et il suffit qu'un écrit ait été dressé, et aussi, semble-t-il, qu'on ait pris trois témoins (1).

Au-dessous de cinq cents nomismes, l'écrit n'est plus nécessaire. La présence de trois témoins suffit.

III

En déclarant valable pour le tout la donation non insinuée, Léon innove-t-il? A mon estime, oui. Zachariae au contraire croit que depuis le temps des Iconoclastes l'insinuation avait disparu (2). Contre l'opinion de Zachariae il y a une objection grave. Les Basiliques reproduisent les textes de Justinien sur l'insinuation (3). Or l'on ne peut expliquer l'insertion de ces textes que par la volonté de reconnaître l'obligation d'insinuer. Qu'on se rappelle ce qui est dit dans la préface des Basiliques : On a écarté de la compilation tout ce qui était contradictoire et *hors d'usage* (4); on en a retranché tout ce qui n'était pas indispensable... tout ce qui était superflu. Si à l'époque de la rédaction des Basiliques l'insinuation avait été, comme le veut Zachariae, une formalité qu'on n'observait plus depuis le temps de Léon l'Isaurien et

---

(1) La Novelle n'est pas, il est vrai, formelle en ce qui concerne les trois témoins, mais si on n'exige pas ces trois témoins, la fin du préambule devient peu intelligible.

(2) *G. d. G. R. R.*[3], p. 305 : So ist denn die Insinuation der Schenkungen seit der Zeiten der Bilderstürmer aus dem byzantinischen Rechte für immer verschwunden.

(3) Bas., XLVII, 1, Heimbach, IV, p. 588 sqq.

(4) *Basil. Proemium* : πᾶν μὲν ἐναντίον καὶ τὴν χρῆσιν οὐ παρεχόμενον ἐν τοῖς πράγμασι, διὰ τὸ ὡς εἰκὸς πολλὰ τῶν τῆς ἀρχαιότητος νομοθετημάτων παρευδοκιμηθῆναι τοῖς ὕστερον ὑπεξελόντες καὶ ἀποκρίναντες.....

de Constantin Copronyme, il est clair que les compilateurs, pour obéir à leur programme, auraient rejeté les textes la concernant. A la vérité, bien des textes ont été insérés aux Basiliques qui n'avaient plus d'application à la fin du IXe siècle, mais cela par inadvertance. Le moyen de croire à une inadvertance quand il s'agit de tout un ensemble systématique de textes!

Donc l'insinuation était bien et généralement en usage quand Léon, qui la jugeait une formalité superflue, voulut la supprimer. Cela résulte des considérations qu'on vient de présenter, et plus nettement encore, si c'est possible, d'un long texte de la πεῖρα LIII, 2 (sur lequel on reviendra plus bas) (1) dans lequel on lit, entre autres choses, cette déclaration d'Eustathe Romain : « Jusqu'alors (c'est-à-dire jusqu'à « la promulgation de la Novelle de Léon) la donation supé- « rieure à cinq cents nomismes (2) ne valait pas pour le « surplus, mais seulement jusqu'à cinq cents nomismes « conformément au ch. 63 (66) du titre Ier du livre 47 des Basiliques ». C'est donc seulement après la promulgation des Basiliques que Léon VI se décida à supprimer la règle de l'insinuation jusqu'alors toujours en vigueur et toujours observée.

Contre une conclusion si naturelle et si logique, quels sont les arguments de Zachariae?

L'illustre auteur paraît attacher de l'importance au passage de la Novelle L sur lequel j'ai déjà appelé l'attention du lecteur (3). Au lieu de lire, conformément aux manuscrits : ταυτὴν ἀκριβολογίαν ἣν οὐδὲ τὴν ῥηθεῖσαν ἐπὶ δωρεαῖς ὅλως ἴσμεν, il lit avec l'*Ecloga Novellarum Leonis* et Cujas : ἣν οὐδὲ τηρηθεῖσαν... (*quam neque in donationibus servari omnino scimus*), et il entend la phrase ainsi amendée en ce sens que l'insinuation n'était plus en usage. Or, Léon ne disait rien de tel, mais simplement que l'insinuation n'était pas une règle absolue et qu'il

(1) V. § XII, *infra*, p. 270.

(2) Il s'agit d'une donation non insinuée.

(3) V. p. 238, n. 1. — L'argument n'est pas formulé avec netteté, mais il résulte certainement de la combinaison du texte. *G. d. G. R. R.*[3], p. 304, avec la note 1026.

savait bien que l'insinuation n'avait pas été édictée pour toutes les donations sans distinction (*quam neque de donationibus omnino dictam esse scimus*). En effet, dans le préambule de la Novelle L, l'empereur fait observer que l'insinuation est superflue, car il y a des donations qui valent sans être insinuées, par exemple celles qui ne dépassent pas cinq cents solides, puis dans le dispositif il tire la conséquence de son observation : Puisque beaucoup de donations valent sans insinuation, c'est que la formalité est inutile. La liaison des idées est nette, le sens satisfaisant. Dès lors, rien n'autorise à corriger le texte. Au surplus, il est inutile de s'attarder à cette question de variantes, car, même si on adopte la leçon de Cujas et de Zachariae, on n'est pas forcé de traduire comme eux. Il suffit pour retrouver l'idée que la règle d'insinuation n'est pas absolue, de faire retomber ὅλως sur τηρηθεῖσαν au lieu de le joindre au verbe ἴσμεν. A la rigueur, cela est possible (1).

IV

Zachariae n'a point insisté sur l'argument que fournit la correction de Cujas, il se borne à l'indiquer par une simple citation du texte. C'est dans le silence gardé par l'*Ecloga* et par la Novelle d'Irène *de testium juramento* qu'il croit trouver la preuve solide de son opinion : In der Ecloga und der Novelle der Kaiserin Irene ist von dem Erforderniss der Insinuation nicht mehr die Rede : es liegt die Vermuthung nahe, dass sie, nachdem eine allgemeine Form für Schenkungen gegeben war, als völlig bedeutungslos übergangen wurde (2).

Ouvrons d'abord l'*Ecloga* (3). Ce manuel contient un titre IV qui a pour objet les donations ordinaires. Les cinq

(1) Voyez dans l'édition des Novelles de Gebauer et Spangenberg, Göttingen 1797, la note 7 sur la Nov. 50 de Léon. Osenbrüggen, qui adopte la version τηρηθεῖσαν, traduit : *quam ne servari quidem omnino in donationibus scimus.* C'est ainsi, je crois, qu'il faut traduire.

(2) *G. d. G. R. R.*[3], p. 304.

(3) Editée par Zachariae, en 1852, avec l'*Epanagoge*, dans la *Collectio librorum juris graeco-romani ineditorum*. Une autre édition a été donnée à Athènes, en 1889, par Antoine Mompherratos.

premiers paragraphes ont trait à la forme des donations. On y apprend que la donation orale est valable quand elle est faite par un majeur devant 5 ou 3 témoins, 5 dans les lieux habités, 3 dans les lieux inhabités. On y apprend aussi que la donation par écrit est valable si elle est faite ou souscrite par un majeur avec témoignage écrit de 3 ou 5 personnes *ad hoc rogatae* et l'ἀπόλυσις. L'*Ecloga* n'exige rien de plus. D'où la conclusion de Zachariæ que l'insinuation disparaît : conclusion que, *primâ specie*, semble fortifier le rapprochement du titre de l'*Ecloga* περὶ δωρεῶν ἁπλῶν avec le titre correspondant des Institutes et la paraphrase de Théophile. Car ni les rédacteurs des Institutes, ni Théophile n'ont oublié l'insinuation, et il est certain que le rédacteur de l'*Ecloga* avait sous les yeux les Institutes et la paraphrase de Théophile.

Je ne suis pas très touché par ces considérations. L'*Ecloga* est le plus incomplet des manuels. Qu'on lise la préface ὁ δεσπότης (1), on y verra que Léon III et son fils n'ont pas voulu tout régler, mais seulement apporter ici et là des précisions qui rendraient les affaires plus faciles à juger. Or les fréquentes invasions (2) avaient presque dépeuplé les campagnes, la misère des temps multipliait le nombre des illettrés. Il était souvent impossible de réunir un grand nombre de témoins. C'est un souci manifeste des auteurs de l'*Ecloga* de fixer à nouveau le rôle et le nombre des témoins, de faciliter les opérations juridiques et la rédaction des actes (3). Mais l'insinuation (4) n'était pas rendue plus difficile par l'ignorance des paysans et la dépopulation des campagnes, car ce n'est point dans les campagnes, mais au greffe des municipalités, des ἐκδίκοι (5), des gouverneurs (6),

(1) Cf. H. Monnier, *Nouv. Rev. hist.*, 1894, p. 452.

(2) Il y est fait allusion, *Ecloga*, X, 1.

(3) V. *Ecloga*, II, 38 ; IV, 1-3 ; V, 2-4, 8 ; VI, 8, 10, 12 ; VIII, 1 ; XIV, 11-16 ; XV, 1.

(4) Il est question des *gesta*, *Ecl.*, VIII, 1 ; X, 2.

(5) Cf. *Ecloga*, X, 2.

(6) Ou pour employer une formule qui revient plus d'une fois dans les Novelles byzantines : παρὰ παντὸς τοῦ καθ' ἑκαστην χώραν τὸ ἄρχειν καὶ διέπειν λαχόντας. On sait que depuis Heraclius (d'après Constantin Porphyrogénète),

qu'on procédait à l'insinuation. Pour avoir le droit de dire : l'*Ecloga* n'a pas mentionné telle institution, donc elle n'existe plus, il faut que l'ensemble des textes tirés de l'*Ecloga* ou puisés dans les auteurs contemporains soutiennent ce langage (1). Or, en notre matière, rien de tel. Quant aux textes de l'*Ecloga*, ils sont si peu en contradiction avec les textes sur l'insinuation que plus tard le rédacteur de l'*Ecloga privata aucta* les ajoutera les uns aux autres dans une série rationnelle et logique.

Que si, dans certaines parties de l'Empire éloignées de la capitale ou soumises à des influences étrangères, la pratique semble perdre peu à peu la claire notion de l'*allegatio gestis* et de son utilité (2), rien n'autorise à croire que, dans les provinces où l'Empereur fait mieux sentir sa présence et la loi son pouvoir, on ait cessé d'insinuer non seulement les actes de donation, mais encore un grand nombre d'actes pour lesquels l'insinuation, quoique non obligatoire (3), était usuelle, tels les actes de vente (4), de louage, de société, etc. (5).

---

et même avant, les thèmes ont remplacé peu à peu les provinces ; mais la transformation laisse subsister, sous les ordres du stratège ou des autorités centrales, toute une organisation civile, administrative et judiciaire. V. Nov. Leonis, LXXXIV. Cf. Zachariae, *G. d. G. R. R.*[3] p. 354; Gelzer, *die Genesis der byzantinischen Themenverfassung*, 1899, Diehl, *Etudes byzantines*, 1905, p. 276-292.

(1) Voir des exemples dans Zachariae, *G. d. G. R. R.*[3], p. 320, 321.

(2) On rencontre encore, en 625, à Ravenne, des *gesta municipalia* réguliers. V. Marini, *op. cit.*, p. 146 ; Spangenberg, *op. cit.*, p. 218. On trouve encore, en 762, dix ans après la destruction de l'exarchat par les Lombards, une *licentia gestis allegandi municipalibus*. V. Brunner, *Zür Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, 1880, p. 140, n. 4. Mais déjà, au VIII[e] siècle, et *a fortiori* plus tard, à Rome, à Naples, les praticiens demandent aux autorités locales, non plus une insinuation des actes, mais une collaboration comme témoins ou rédacteurs, V. Brunner, *op. cit.*, p. 141. Qu'un tel usage se soit répandu même dans les pays italiens vraiment soumis au *Basileus*, c'est possible, mais il est illégal pour les donations, et les ouvrages de droit byzantin écrits en Italie, n'en veulent rien connaître. Cf. *infra*, p. 277 et s.

(3) Nov. LXXIII, ch. 7, § 3 : εἴπερ βούλοιντο καὶ ἑκατέροι πρὸς τοῦτο συμβαῖεν...

(4) Une Novelle de Valentinien III, XV, 3 avait, pour mieux assurer le payement de l'impôt sur les ventes, rendu l'insinuation des ventes immobilières obligatoire. L'obligation n'a pas subsisté.

(5) Cf. Spangenberg, *op. cit.*, p. 233 sq., 293 sq., L. 6, C. Th. VI, 22. Au reste, les variations introduites par l'usage dans l'insinuation des testaments,

L'insinuation était en effet souvent un remède contre la clandestinité de certaines mutations (1), une garantie contre les tentatives de fraudes ou de falsifications (2). Elle donnait surtout au fisc de précieuses indications tant pour la mise au point des cadastres que pour la perception des impôts (3). Comment croire qu'elle ait pu disparaître sous des princes tels que Léon l'Isaurien et son fils, princes qui veillèrent avec tant de soin et de rigueur à la rentrée des impôts? (4). Tout au plus pourrait-on penser que l'Eglise, chaque jour plus puissante, avait peu à peu, — comme en Occident (5), — réussi, malgré la décision formelle de Justinien, à transformer en simple faculté l'obligation d'insinuer devant les autorités civiles les donations qu'elle recevait. Mais contre cette conjecture milite l'insertion de la constitution de Justinien, Cod. J., I, 2, 19, dans le Nomo-

---

C. J. VI, 32, 2, durent s'étendre à l'insinuation des autres actes. Cf. Bruns et Sachau, *Syrisch-Römisches Rechtsbuch*, 1880, p. 269 sq.

(1) F. V. 249. Il en était sûrement ainsi quand l'insinuation était faite, comme l'avait ordonné Constantin, C. Th. VIII, 12, 5, là où le donateur avait son domicile et où les biens donnés étaient situés. Il est vrai que l'insinuation cessait d'être un moyen de publicité quand elle avait lieu ailleurs, ce qu'avaient permis, en 415, Honorius et Theodose II, C. Th. VIII, 12, 8 et, en 439, Léon I, C. J. VIII, 54, 30. Mais alors la tradition *corporalis*, consécutive à la donation qui devait se faire *in locis ubi res donata consistit*, C. Th. VIII, 12, 8, s'insinuait à la curie voisine et constituait une suffisante publicité. Quand la tradition par simple remise du titre de donation, V. *infra*, p. 271 n. 5, p. 274, p. 288 n. 3, eut remplacé peu à peu la *traditio corporalis*, l'on dut revenir à la règle posée par Constantin, et c'est pour cela que la loi 30 C. VIII, 54, ne fut pas insérée aux Basiliques.

(2) Nov. LXXIII, ch. 7, § 2 : ἵνα ἀπαλλαγεῖεν ἀγνωμοσύνης τε καὶ νοθείας καὶ παραποιήσεων καὶ ὁπόσα ἄλλα κακά...

(3) Cf. *infra*, p. 271, n. 5. — On pourrait, au double point de vue de la publicité et de la fiscalité, rapprocher l'insinuation des lois romaines de la δημοσίωσις des actes privés greco-égyptiens de l'époque romaine, cf. Mitteis, *Römisches Privatrecht*, I, p. 313 s., Koschaker, *der Archidikastes*, *Zeit. d. Sav. St.*, XXIX, p. 12 sqq. Comme notre enregistrement, la δημοσίωσις n'était, en règle, exigée que pour la production de l'acte en justice. V. Ed. Cuq, *Nouv. Rev. hist.*, 1908, p. 292; Mitteis, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrus Kunde*, Berlin, 1912, II, p.83.

(4) Cf. Theophanes, *Chronographie*, édit. de Boor, I, 43.

(5) V. Quicherat, *De l'enregistrement des contrats à la curie*, dans la *Bibliothèque de l'Ecole des chartes*, V, 1, 1860, p. 441 et s., et Brunner, *op. cit.*, p. 141.

canon en XIV titres (1), et dans le grand recueil des Basiliques, V, 1, 8.

Ce qui montre l'erreur où l'on court en interprétant, comme fait Zachariae, le silence de l'*Ecloga*, c'est que ni le *Prochiron Basilii*, ni l'*Epanagoge*, qui tous deux traitent des donations, ne disent un mot de l'insinuation. Ira-t-on jusqu'à soutenir que l'obligation d'insinuer avait disparu quand ces manuels furent rédigés? Pour cela, nul moyen. Le *Prochiron Basilii* et l'*Epanagoge* ont été composés dans le même temps que la première édition (ou le premier projet) des Basiliques. Or, on ne peut douter de l'insertion dans la *Repurgatio Basilii* des textes sur l'insinuation. Tout le monde admet, en effet, que sauf le nombre des titres, la *Repurgatio* ressemblait fort aux Basiliques. Les textes sur l'insinuation qu'on trouve au livre XLVII des Basiliques se trouvaient au livre XXII de la *Repurgatio* (2).

V

Passons à la Novelle d'Irène, J. G. R., III, 55 sqq. L'argument de Zachariae (3) est toujours le même : Irène ne dit rien de l'insinuation, donc l'insinuation n'est plus en usage.

Pour juger de la valeur de cet argument, il convient de lire la Novelle. Je laisse de côté le long préambule dans lequel l'impératrice rappelle les textes de l'ancienne et de la nouvelle loi de Dieu et montre que la loi nouvelle défend non seulement le parjure, mais le serment (4). Il suffira d'analyser les trois chapitres de la Novelle proprement dite.

---

(1) V. Pitra, *Juris ecclesiastici Graecorum historia et monumenta*, II, p. 490: Ῥάλλης καὶ Πότλης, σύνταγμα τῶν κανόνων, I, p. 100.

(2) Cf. le tableau donné par Heimbach dans les *Prolegomena Basilicorum*, p. 102.

(3) *G. d. G. R. R.*[3], p. 304.

(4) D'après ce préambule, on serait tenté de croire que tout serment est supprimé par Irène. V. Zachariae, *Delineatio*, Heidelberg, 1839, p. V. L'analyse de la Novelle montre qu'Irène ne va pas si loin. Ce qu'elle supprime, c'est le serment qui décide seul du sort d'un procès, et non le serment qui vient compléter ou fortifier d'autres preuves. Déjà l'*Ecloga*, XIV, 5, n'admet-

Ch. I. — Toute affaire litigieuse doit être réglée à l'aide des témoignages par écrits et sans écrits. A Constantinople, dans les villes et éparchies (1), les fiançailles, constitutions de dot, emphytéoses et autres concessions à long terme, les inventaires de biens de pupilles, les accords sur n'importe quel objet, les transactions, donations, ventes, achats, prêts, dépôts, testaments, affranchissements et tous autres actes analogues se font devant sept ou cinq témoins (trois témoins suffisent pour les testaments et les affranchissements). Ces témoins doivent être dignes de foi ; peu importe qu'ils soient prêtres, fonctionnaires, militaires, civils, pauvres, riches, pourvu qu'ils aient une vie honorable (2). C'est devant de tels témoins que se font les accords et les écrits (3). — Si celui qui s'engage sait écrire, qu'il écrive l'acte en entier, les témoins souscriront. Toutefois, pour les προικῶα et les ἐμπερίγραφα (4) παντοῖα, il faut, suivant l'usage, recourir aux tabularii, aux νομικοί ; les témoins souscrivent. Survienne un litige, on produit écrits et témoins : ceux-ci pour reconnaître ceux-là, et si les témoins, Dieu étant invoqué (5), tombent d'accord pour dire que les écrits sont véritables, le procès prend fin, et le juge condamne au payement de la clause pénale insérée dans l'acte. Si les témoins sont morts quand le procès est intenté, le litige se termine sans enquête. — Si celui qui s'engage, soit maladie, soit ignorance, ne peut pas écrire, il fera une croix sur l'écrit rédigé par un tabulaire ou des νομικοί ou d'autres χειροχρήστοι (6). — Si l'acte est de ceux pour lesquels la souscription de témoins

---

tait les témoins au serment que pour confirmer leur déposition. Cf. *J. G. R.*, III, p. 327 sqq.

(1) Ch. 3 : ταῦτα κρατείτωσαν καὶ ἐν ταῖς ἔξω πόλεσι καὶ ἐπαρχίαις.

(2) Cf. Nov. Just., XC, *De testibus*, ch. I.

(3) ἐπὶ αὐτῶν τά τε συναλλάγματα καὶ σύμφωνα παντοῖα καὶ τὰ ἔγγραφα προέρχεσθαι. Ce passage prouve bien que les conventions verbales sont admises tout comme les conventions écrites. Cf. *Epanagoge*, XIII, 16.

(4) Ce sont les concessions temporaires : ἐμπεριγράφως s'oppose à διηνεκῶς, les διηνεκεῖς ἐμφυτεύσεις aux ἐμπερίγραφοι ἐμφυτεύσεις, V. *Ecloga*, XII, 1, 5, 6.

(5) μάρτυρα τὸν θεὸν ἐπικαλούμενοι.

(6) Cf. *Ecloga*, IV, 2, Spangenberg, *op. cit.*, p. 203, et les glossaires de Ducange et de Sophoclès.

est nécessaire, que cette souscription ait lieu (1), sinon, il suffit que les témoins fassent simplement connaître leurs noms (2).

Ch. II. — Telles sont les règles pour les actes écrits. Devant les 7 ou 5 témoins les conventions et ententes de toutes sortes seront parachevées. Survienne une contestation, on interrogera les témoins et s'ils sont d'accord pour reconnaître les prétentions du demandeur, après deux ou trois interrogations, ils écriront de leur main une déclaration qui sera déposée à l'église. Si les témoins sont illettrés, des χειροχρήστοι rédigeront l'écrit sur lequel les témoins apposeront une croix. La déclaration devra contenir les mots suivants (3) : « Dieu pris à témoin et le saint lieu dans lequel nous nous tenons, etc... ». Si les témoins ne sont pas d'accord ou si l'autre partie produit des témoins, ce sera au juge de choisir. Les plus nombreux ou les plus dignes de foi feront les *idiocheira* sus-indiqués et le procès sera terminé.

Ch. III. — Les règles qu'on vient d'énoncer seront en vigueur dans les villes et les éparchies, mais non dans les confins. Là les différends seront tranchés, les évangiles et la sainte croix étant apportés devant les témoins, conformément à la coutume jusqu'à présent suivie (4) ; les témoins ne prêteront pas serment (5), mais feront des déclarations comme il a été dit antérieurement.

Dans la Novelle d'Irène, on trouve donc des règles communes à tous les actes juridiques, règles qui, par conséquent,

---

(1) εἰ μέν ἐστιν ἀναγκαῖον τὸ ὑπογράψαι τοὺς μάρτυρας, γενέσθω οὕτως. — Comme l'a vu Zachariae, *G. d. G. R. R.*[3], p. 291, n. 968, Irène fait ici allusion aux cas où l'on devait recourir à un *instrumentum quasi publice confectum* si l'on ne voulait pas se servir du ministère d'un tabellion et avoir un *instrumentum publice confectum* (*forense*). Dans les *instrumenta quasi publice confecta* (qu'il ne faut pas confondre ni avec les *acta forensia*, ni avec les *acta publica*), la souscription des témoins est indispensable, l. 11, C. J. VIII, 18, l. 20, C. IV, 21. Le droit de Justinien, l. 17, C. IV, 2, Novelle LXXIII, ch. 1, 2, avait beaucoup étendu l'usage des *instrumenta quasi publice confecta*.

(2) Irène a ici en vue, je pense, les actes purement privés.

(3) ὁ δεῖνα καὶ ὁ δεῖνα, καὶ τὰ ἐπιτηδεύματα ἢ ἀξιώματα · μάρτυς κύριος ὁ Θεός, καὶ ὁ ἱερὸς τόπος ἐν ᾧ ἐστήκαμεν κ. τ. λ.

(4) Cf. Nov. LXXIII, ch. 9.

(5) προδήλως μὴ ὀμνυόντων αὐτῶν...

doivent être observées pour les donations. Mais ces règles générales ne sont pas exclusives de règles particulières. De ce que tout acte de donation doit être, en conformité des règles générales, fait désormais devant 7 ou 5 témoins ; de ce que le donateur, s'il sait écrire, doit écrire l'acte en entier [si mieux il n'aime recourir aux tabellions], et faire souscrire les témoins, il ne suit pas que l'insinuation ait cessé d'être obligatoire quand la donation dépasse cinq cents nomismes. Irène voulait empêcher l'abus qu'on faisait jusqu'alors du serment en se fondant sur la Novelle LXXII de Justinien (qui permettait de déférer souvent le serment et même de le référer) (1) et sur les lois du Code qui obligeaient les témoins à jurer avant toute déposition (2). Il est certain qu'Irène avait sous les yeux la Novelle de Justinien. Comme Justinien, elle distingue les conventions écrites et les conventions verbales; comme Justinien, elle s'occupe des souscriptions des témoins, des actes dressés avec ou sans tabellion, elle examine le cas où les témoins sont décédés ou illettrés et l'hypothèse d'actes rédigés loin des villes et des lieux où la population a quelque densité. Or Justinien, dans la Novelle LXXIII, ne parlait pas de l'insinuation, si ce n'est au chapitre VII, § 3, et pour une question de comparaison d'écritures qu'Irène a laissée entièrement de côté : dès lors, il est évident qu'Irène n'avait pas, elle-même, à s'occuper de l'insinuation. De son silence sur cette formalité, on ne peut rien conclure. Remarquons aussi que, dans la Novelle LXXIII, 7, 3, Justinien ne parlait pas de l'insinuation spéciale et obligatoire des donations, mais de l'insinuation facultative des *instrumenta* en général. L'argumentation de Zachariae conduirait à cette conclusion que, depuis la Novelle LXXIII il n'y avait plus, sous Justinien, d'insinuation obligatoire des donations. Enfin, il importe beaucoup d'observer que si la Novelle d'Irène contenait une énumération limitative des conditions nécessaires pour que toute

(1) Nov. LXXIII, ch. 4, ch. 7 pr., §§ 1, 3, ch. 8, § 1 : τοῦ φεύγοντος δὲ ὀμνύντος ἢ ἀντεπάγοντος.

(2) C. J. IV, 20, 10. Cf. p. 244, n. 2.

convention produise effet, il faudrait admettre que toute convention est, dans l'opinion d'Irène, créatrice d'action sans qu'il soit jamais besoin d'y joindre une stipulation. Or, ce que nous savons du droit byzantin antérieur et postérieur à Irène, répugne généralement à cette conclusion (1).

VI

J'ai essayé de prouver que l'insinuation a duré jusqu'à Léon VI et que ce prince innovait en la supprimant.

Pourquoi cette innovation? — Les considérants de la Novelle L nous renseignent quelque peu. Léon écrit que l'insinuation est « une formalité superflue » à laquelle « il ne comprend rien ». Pourquoi distinguer entre les donations? Pourquoi, lorsque la volonté de donner est certaine, exiger pour les unes des « minuties complémentaires » qu'on n'exige pas pour les autres? La logique est en déroute. Or, Léon se pique d'être logicien, autant que moraliste, métaphysicien, tacticien (2), poète, prédicateur (3), théologien et même un peu sorcier (4). C'est un casuiste délié, un

---

(1) C'est la ferme opinion de Zachariae, *G. d. G. R. R.*[3], p. 298, et c'est aussi la mienne que les règles du droit de Justinien sur la formation des contrats, — la modification apportée par la Nov. 72 de Léon mise à part, — ont subsisté, au moins en théorie, jusqu'à la fin de l'Empire d'Orient, V. *Ecloga*, II, 3, Basiliques, XLIII, 5, 5 (οὐκ ἀεί τις ἀπὸ ψιλῆς ἐπαγγελίας κατέχεται.), πεῖρα XLV, 12, Harménopule, III, 7, 6. La *meditatio de nudis pactes* du xi[e] siècle (Leunclave *J. G. R.*, II, p. 192-202) reproduit, d'après le commentaire d'Etienne (τὸ τοῦ Στεφάνου πλάτος), toute la théorie classique sur les contrats, les *pacta nuda*, les *pacta adjecta*. L'argumentation du juge opinant repose sur l'idée que le pacte n'engendre pas d'action, sauf quand le pacte est synallagmatique et qu'une des parties a exécuté la prestation promise par elle.

(2) Sa *Tactica*, Migne, P. G., p. 668 et sqq., a été écrite vers 890 ou 891. Cf. *Byz. Zeitschrift*, VIII, p. 256 et 509, IX, 253, XV, 47. — Zachariae, *Byz. Zeit.*, III, p. 438 sqq., attribuait cette *Tactica* à Léon l'Isaurien, mais à tort.

(3) Migne, P. G. CVII, p. 9-298, a publié dix-neuf homélies et panégyriques de Léon. Dans les *Echos d'Orient*, III, p. 245, Mgr. Petit a signalé une publication faite à Athènes en 1868 par le prêtre-moine Akakios) de trente-quatre panégyriques du même empereur.

(4) Quoique la Novelle LXV de Léon condamne à mort les devins, on trouvera dans Migne, P. G. CVII, p. 1120 sqq., des *Oracula Leonis cognomine sapientis* avec la paraphrase d'un anonyme.

argumentateur intarissable (1). Plusieurs de ses novelles ne sont que des disputes en règle qu'il conduit à la façon des sophistes de l'ancienne Grèce. Il se propose des objections pour les réfuter, se donne des adversaires pour les terrasser. Il est vrai que sa logique est surtout formelle. Mais c'est précisément parce qu'elle est telle qu'il ne peut comprendre qu'on distingue entre les donations et que l'on contraigne à des formalités supplémentaires les donataires de grosses sommes. Il prétend nous enfermer dans le dilemme suivant : ou l'insinuation est nécessaire, et alors qu'on l'observe toujours, ou elle est « superflue », et alors qu'elle disparaisse ; or, nous savons qu'elle n'est pas toujours édictée, donc elle est superflue.

Pour aller jusqu'au bout de son idée, Léon eût dû n'établir aucune espèce de distinction entre les donations. Mais Léon n'osa pas exiger toujours un écrit : au-dessous de cinq cents nomismes, trois témoins suffiront.

Il est, au reste, permis de penser que ce n'est pas seulement un besoin de logique formelle qui dicta à Léon la Novelle L. L'insinuation gênait les Puissants soit dans les donations qu'ils se faisaient, soit dans les donations qu'ils obtenaient, Dieu sait comme, des *humiliores* et des communautés de village (2). Or Léon n'est pas de force à lutter contre les Puissants. Sous son règne la grande propriété terrienne ne cesse de se développer (3). C'est, dit très justement Gelzer (4), sous la dynastie macédonienne que s'accomplit le passage à la Féodalité. Prendre des mesures énergiques comme le feront ses successeurs, Léon n'ose pas.

---

(1) *Apologia Leonis phil.*, Migne, P. G. CVII, p. 662 :

Αὐτάρ ἐγὼν ἀπὸ νὺν ῥητορικῆς ἔραμαι
Φώτιον ἀρχιερῆα γεροντοδιδάσκαλον εὑρών,
Ὅς με γάλακτι ἔθρεψε Θείων ναμάτων.

(2) H. Monnier, *Méditation sur la constitution* Ἑκατέρῳ, p. 146 ; cf. Platon, *Observations sur le droit de Protimesis*, p. 106 et sqq.

(3) Danielis, à qui Basile devait tant, possédait une partie du Péloponèse (τῆς πελοποννήσου μέρος). Cf. Rambaud, *l'Empire grec au dixième siècle, Constantin Porphyrogénète*, p. 277-296.

(4) *Abriss der byzantinischen Kaisergeschichte*, dans la *Geschichte der byzantinischen Litteratur* ², de Krumbacher, p. 976.

Parfois il s'inquiète (1), mais sa résistance est vite à bout. Il cède aux influences aristocratiques. C'est ce qu'il fait notamment quand il supprime l'obstacle que la publicité des *gesta* (2) apportait aux donations extorquées par la force, aux pressions frauduleuses exercées sur la volonté des donateurs (3).

Parmi les Puissants, il y en avait un, l'Eglise (4), que Léon tenait particulièrement à ménager, et parce que Léon était très pieux, et parce que Léon savait de combien d'ennuis se paye l'inimitié des clercs. Or l'Eglise était justement le Puissant qui, pour toutes sortes de raisons faciles à comprendre, recevait le plus de donations. Justinien, très pieux lui aussi, n'avait pas voulu exempter d'insinuation les donations faites aux églises et aux maisons pieuses. L'Etat avait grand intérêt à connaître dans quelle mesure et par quels moyens s'accroissait le patrimoine ecclésiastique. Il est à croire que l'Eglise, bien que le Nomocanon en XIV titres remanié en 883 ne contienne aucune protestation contre l'obligation d'insinuer, avait vu sans plaisir reproduire dans la *Repurgatio* et aux Basiliques la législation de Justinien. L'abandon de cette législation était donc pour lui plaire, d'autant plus que l'insinuation aux greffes ecclésiastiques avait pratiquement pour elle les avantages de l'insinuation civile sans aucun des inconvénients de celle-ci (5).

Enfin il n'est pas impossible de trouver entre la Novelle 46 et la Novelle 50 une relation de cause à effet. La Novelle 46 qui supprime l'ancienne administration municipale est anté-

---

(1) V. J. G. R., III, p. 220, Nov. CXIV.

(2) Cf. *Synopsis major*, E, XI, 1. note a : τὰ ὑπομνήματα... τὸ εὔλογον δηλοῦντα τῆς ἐκποιήσεως.

(3) J. G. R. III, p. 248 : δωρεὰς δὲ ... καὶ σεσοφισμένας ἐπικτήσεις ... ἀνισχύρους εἶναι ... διοριζόμεθα.

(4) Sur la liste des Puissants dressée par les Empereurs Romain, Constantin, Etienne et Constantin, en septembre 934 (J. G. R. III, p. 242 et sqq.) on trouve les métropolites, les archevêques, les évêques, les higoumènes, etc... Sur la richesse des églises, v. Andréadès, les *Finances byzantines* (tirage à part de la *Revue des sciences politiques*), 1911, p. 16. L'étude du professeur d'Athènes a paru aussi sous le titre : περὶ τῶν οἰκονομικῶν τοῦ Βυζαντίου dans l'Ἐπιθεώρησις κοινωνικῶν καὶ νομικῶν ἐπιστημῶν I. A[1], 1908, p. 22-47.

(5) V. *infra*, p. 267, n. 3.

rieure à la Novelle 50. Non certes parce que, dans la collection des 113 Novelles, elle est placée avant (l'ordre de succession des textes dans le Codex Venetus n'est pas l'ordre chronologique), mais parce que la Novelle 46 a été certainement connue des compilateurs des Basiliques qui, pour en tenir compte, n'ont pas inséré les textes de Justinien sur les curies et les décurions (1). Au contraire les compilateurs n'ont pas connu la Novelle 50 puisqu'ils ont mis dans les Basiliques des textes du Code en complète contradiction avec elle. Le bon sens, en effet, avertit que la Novelle 46 obligeait l'empereur à modifier ici les vieilles règles. L'insinuation, comme on sait (2), se faisait, d'après le Code de Justinien, à Constantinople devant le *Magister census*, en province devant le gouverneur ou les magistrats municipaux (3) ou le *defensor civitatis* (4). En fait, c'est surtout aux autorités inférieures qu'on recourait (5). Longtemps après que ces autorités locales ont perdu toute importance politique et toute indépendance véritable, elles conservent encore les apparences d'un pouvoir autonome et certaines attributions

---

(1) V. p. 255, *infra*.

(2) L. 30. C. J. VIII, 53 (54). Sur le *curator reipublicæ* auquel, en 415, Honorius et Théodose enlèvent le droit de procéder à l'insinuation, V. C. Th. VIII, 12, 3, 8 ; C. J. VIII, 53, 27, et Declareuil, *Quelques problèmes d'histoire des institutions municipales*, 1911, p. 283.

(3) L. 3, C. Th. XI, 8.

(4) L. 8, C. Th. VIII, 12. Il fallait, d'après la loi 151, C. Th. XII, 1, cinq personnes publiques pour procéder aux *gesta municipalia* : le magistrat, trois *principales*, et l'*exceptor*. En 445, Valentinien III, Nov. XIII, 10, se contente de trois *curiales* et de l'*exceptor* : *quia publico infortunio ad paucos redactus est ordinum numerus*.

(5) En 496, Anastase, L. 32, C. J. VIII, 53 (54), retira aux magistrats municipaux et aux *defensores* le droit de procéder à l'insinuation. Mais le rescrit d'Anastase rendait l'insinuation si peu pratique qu'il n'eut pas d'effet durable. Au VI^e^ siècle, on insinue, comme jadis, devant les magistrats municipaux et devant le défenseur. V. Edit de Théodoric, 52, 53 ; Nov. XV, ch. 3 ; Nov. CXXVII, ch. 2 ; Nov. CLXVII (Basil. LVI, 21). Dans les actes que reproduisent Marini et Sprangenberg, tantôt on voit le défenseur figurer à côté des magistrats, *duumviri*, *quinquennales*, *curiales*, tantôt non. Les textes de Justinien n'insistent que sur la compétence du défenseur, sans doute parce que le nombre des cités qui n'avaient plus de magistrats s'était, par l'effet du malheur des temps, *infortunio publico*, grandement accru. V. cependant Declareuil, *op. cit.*, p. 304.

civiles, notamment le droit de recevoir l'insinuation des donations, ventes, nominations de tuteurs, etc. Léon VI prit ombrage de ces restes inoffensifs de l'ancienne autonomie communale. « Ce qui est inutile doit disparaître, écrit-il « Novelle 46. Les curies avaient reçu des lois anciennes des « privilèges, elles nommaient leurs magistrats, adminis- « traient avec autonomie leur cité. Mais la vie civile a reçu « une autre organisation. Tout dépend maintenant de la pré- « voyance du gouvernement et de l'empereur. Les curies « errent, sans trouver place, sur le sol légal ».

Que la Novelle 46 ait été appliquée et partout dans l'Empire, peu importe (1). Il est clair que Léon devait penser qu'elle le serait. En conséquence, les vieilles règles sur l'insinuation étaient à changer ou à supprimer. Léon trouva plus simple de les supprimer, d'où la Novelle 50 (2).

VII

Quelle est la date de la Novelle 50?

On sait que les novelles de Léon nous sont presque toutes parvenues sous la forme d'un recueil de 113 Novelles avec préface. Le recueil a été conservé par le célèbre *Codex Marcianus*, 179, et par quelques copies de ce manuscrit. Aucune

---

(1) La vérité est qu'on retrouve encore, en plus d'un pays, après Léon VI, l'ancien système municipal et les curies des villes. Paparrigopoulo, Ἱστορία τοῦ ἑλληνικοῦ ἔθνους, Athènes, 1887, IV, p. 543, donne des exemples. Cf. Rambaud, *op. cit.*, p. 208. On retrouve aussi le *defensor civitatis*, Cf. *Ecloga privata aucta*.

(2) On pourrait peut-être ajouter une autre raison : Dans certaines régions, dès le IVe siècle, les lois ordonnant l'insinuation ne sont pas obéies, soit parce que la coutume locale se contentait d'une publicité quelconque, soit pour d'autres motifs. V. Ed. Cuq, *Nouvelle Revue hist.*, XXVIII, p. 265 (inscription de Préneste), et Mitteis, *Zeit. d. Sav. Stift.*, 1904, 25, p. 379. Dans le *Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem Ven Jahrhunderte*, 1880, Bruns, p. 197, note avec surprise que le manuel ne dit rien de l'insinuation. Même silence dans les *leges Constantini Theodosii Leonis*, publiées par Sachau en 1907. V. *Syrische Rechtsbücher*, I, p. 57, 155. De telles dérogations au droit général se rencontrèrent sans doute en plus d'un lieu et sans doute subsistèrent jusqu'au temps de Léon. Ce fut pour Léon, qui aimait tant à élever les coutumes, quand elles lui plaisaient, « à la dignité des lois », une nouvelle raison de supprimer l'insinuation.

Novelle n'y est datée (1). Presque toutes portent le nom d'un destinataire. Les novelles 1, 18-74, 76-104, 111, sont adressées à Stylien, les novelles 2-17, 75, à Etienne frère de Léon et patriarche œcuménique depuis la Noël 886 jusqu'à sa mort le 17 mai 893. Le destinataire n'est pas indiqué pour les novelles 105-110, 112-113. La novelle 50 est donc adressée à Stylien. Quel est ce Stylien? La vie d'Euthymius, publiée avec de doctes et fines observations par Ch. de Boor en 1888 (2), permet aujourd'hui de répondre avec plus de précision qu'autrefois.

Stylien était Macédonien, de famille arménienne. En dialecte arménien on l'appelait Zautzès. Il assistait à la chasse où Basile fut mortellement blessé. L'empereur mourant lui confia et l'Empire et son fils Léon alors âgé de vingt ans (3). Aussitôt après la mort de Basile, le 29 août 886, Léon nomma Stylien *protomagister* (4). Il faut savoir que Léon était marié depuis l'hiver de 881 avec Theophano, très sainte femme pour laquelle il n'avait aucun goût. Tout au contraire la fille de Stylien, Zoë, femme d'un certain Theodore Guzuniatès, lui plaisait beaucoup. Il en fit sa maîtresse. Le 10 novembre 893 l'impératrice mourut et, fort opportunément, Guzuniatès mourut aussi (5). Zoë était libre. Dans

---

(1) Sauf une seule dont l'authenticité et le texte sont suspects, c'est la Novelle 118, J. G. R. III, p. 224, qui serait de 909. (γέγονε δὲ αὕτη ἔν ἔτει ϛυκζ'. La Novelle 116, J. G. R. III, p. 223, est dans le *Laurent.*, LXXX, 6, datée, mais seulement par le mois et l'indiction, ce qui fait hésiter entre 890 et 905. Sur les Novelles de Léon, il y a un ouvrage de C. A. Beck, *De Novellis Leonis earumque usu et auctoritate liber singularis*, ouvrage vieilli, mais qui mérite encore d'être consulté pour les notes et remarques dont l'a enrichi C. F. Zepernick dans l'édition donnée à Halle en 1779. Cf. Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*, 1847, II, p. 290 et sqq., Heimbach, *Griechisch-Roemisches Recht*, p. 327, dans l'Encyclopédie de Ersch et Gruber, LXXXVI, Leipzig, 1868.

(2) *Vita Euthymii. ein Anecdoton zur Geschichte Leo's des Weisen*, a. 886-912, herausgegeben von C. de Boor, Berlin, 1888.

(3) *Vit. Euthy.*, I, 18 : Στυλιανὸν δὲ, τὸν καὶ Ζαούτζην κατὰ Ἀρμενίων διάλεκτον προσαγορευόμενον, ὡς ἄτε Μακεδόνα ὄντα καὶ τὸ γένος Ἀρμένιον, ... ἐπίτροπον καταλιμπανει τὴν τῶν ὅλων πραγμάτων διοίκησιν ἐγχειρίσας τῶν τε ἐκκλησιαστικῶν καὶ πολιτικῶν. Cf. Vogt., *Basile* I, Paris, 1908, p. 423.

(4) *Vit. Euthy.*, II, 1.

(5) *Vit. Euthy.* VII, 26. Sur les dates on lira, p. 104 et s., la dissertation de Ch. de Boor.

les premiers mois de 894, Léon l'installe au Palais, élève son père à la dignité nouvelle de Basiléopator, et, à la fin de la même année, se remarie avec elle. Le mariage dura un an et huit mois, Zoë mourut à l'automne de 896. Six mois auparavant Stylien avait précédé sa fille dans la tombe (1).

Aucune des Novelles adressées à Stylien ne l'a été pendant qu'il était Basileopator, sinon, on en serait averti par l'*inscriptio legis* (2). Il faut donc placer ces Novelles entre la fin de 886 et le début de 894. Quant aux Novelles adressées à Etienne, on les place nécessairement entre la Noël 886 et le 17 mai 893, date de la mort d'Etienne. Selon toute vraisemblance, les Novelles sans date appartiennent à la même période.

Il tombe sous le sens que les rédacteurs des Basiliques avaient à faire état des Novelles de Léon déjà promulguées (3) dans le temps qu'ils préparaient leur énorme compilation (4). Ainsi, tenant compte des Novelles 46 et 78, n'ont-ils pas inséré aux Basiliques les textes de Justinien sur les décurions (5), ni le titre du Code *de Senatus Consultis* I, 6. Ils ont retouché la loi 17, D. XXII, 5 en la transcrivant aux Basiliques cap. 17, XXI, 9, pour tenir compte de la Novelle 48, et laissé de côté, pour tenir compte de la Novelle 59, le textes sur le

---

(1) Léon VI ne s'en tint pas aux secondes noces. Il n'est pas difficile, lit-on Nov. LXXXIX, de trouver une femme et de se marier. Léon le fit bien voir. En 899, il épousait Eudocie Baiané, qui mourut en 900, et en janvier 906, Zoé Carbonopsina, déjà mère de Constantin Porphyrogénète. Cf. Rambaud, *op. cit.*, p. 8, et le *Tomus Unionis* dans Zachariae, J. G. R. III, p. 227 et s. — Diehl a écrit dans ses *Figures byzantines*, I. p. 180 et s., un spirituel et fort exact récit des quatre mariages de Léon VI.

(2) Cf. Zepernick, *op. cit.*, p. 302.

(3) Toutes ne l'étaient pas. V. *infra*, note 4, et p. 257, n. 2. Cf. Bynckershoeck, *Observationes jures Romani*, IV, 1. Il suffit de lire la Novelle 1 pour se convaincre qu'elle est postérieure aux Basiliques. C'est sans doute le cas de la plus grande partie des Novelles de Léon, sans quoi les corrections aux Basiliques, motivées par les Novelles, eussent été notables, tandis qu'elles sont presque insignifiantes. Cf. Heimbach, *Allgemeine Encyklopaedie* de Ersch et Grüber, 86er Theil, 1868, p. 365.

(4) On peut admettre, comme date des Basiliques, l'année 888, ou 889, ou 890. Pour la première date, Heimbach, *Proleg. Basil.*, p. 111. Pour la seconde, Zepernick, *op. cit.*, p. 294. Pour la troisième, Giraud, *Notice sur Fabrot*, p. 94.

(5) Cf. Ellisen, *der Senat im Oströmischen Reiche*, 1881, p. 25.

majeur de 25 ans qui se laisse vendre comme esclave *pretii participandi gratia* (1). Il est même assez surprenant qu'ils n'aient pas eu l'idée d'insérer aux Basiliques les Novelles déjà parues de l'empereur régnant. L'explication est, j'imagine, dans le but poursuivi, qui était de reproduire les parties restées applicables de la législation de Justinien, probablement aussi dans le projet déjà formé de faire un recueil séparé des Novelles léoniennes parues ou projetées, recueil publié en effet, après les Basiliques, avec adjonction de la préface τὸ ποικίλον et d'ailleurs composé sans beaucoup de souci de l'ordre chronologique (2).

Nous voici ramenés à la question posée au début de ce paragraphe et en mesure de la résoudre ou peu s'en faut. Puisque les compilateurs ont reproduit aux Basiliques, livre XLVII, les textes du Code sur l'insinuation, c'est que la Novelle 50 n'était pas encore promulguée quand ils achevaient leur travail, c'est-à-dire en 888 ou 889 (3). Mais puisque la Novelle 50 est adressée à Stylien, non encore Basileopator, c'est qu'elle a été rendue entre 888 (ou 889) et la fin de 893.

VIII

La Novelle 50 a-t-elle été obéie ?

Oui, certainement, pendant le règne de Léon. On n'admet plus aujourd'hui l'opinion de Cujas suivant laquelle les

---

(1) La Novelle 105 de Justinien était aux Basiliques, mais la Nov. 95 de Léon, postérieure à ce recueil, persuada de bonne heure les copistes de laisser de côté la Novelle 105. Cf. Heimbach, *Ueber die in die Basiliken aufgenommenen und nicht aufgenommenen Novellen*, dans la *Zeit. f. Rechtsgeschichte*, VIII, p. 461.

(2) Ce recueil fut sans doute antérieur au second, ou tout au moins au troisième mariage de Léon, sans quoi Léon n'eût pas inséré, sans correction, la Nov. XC qui parle en termes si durs des gens remariés. — Il est fort probable que les juristes chargés de composer le recueil reçurent le droit d'abréger beaucoup de constitutions, de supprimer ou de réduire certains exposés de motifs. Par où s'explique la brièveté surprenante de certaines Novelles, comparées à la prolixité de quelques autres. On supprima aussi les *suscriptiones* et on réduisit à quelques mots les *inscriptiones*.

(3) Cette conséquence est prouvée directement par les paroles d'Eustathe Romain, πεῖρα, LIII, 2, citées *supra*, p. 241.

Novelles de Léon n'auraient jamais été appliquées, à l'exception de celles qui statuaient sur des objets dont le législateur ne s'était point encore occupé (1). Les textes du XI^e^ et du XIII^e^ siècle, cités par Cujas, ne peuvent rien contre le bon sens. On verra d'ailleurs, plus bas, que plusieurs Novelles de Léon sont citées ou transcrites par les nouveaux scholiastes des Basiliques, et que beaucoup sont invoquées dans les livres de droit jusqu'à la fin de l'Empire. Ce qui est vrai, c'est le prompt oubli dans lequel tombèrent un assez grand nombre des Novelles de Léon. Le contenu de l'*Ecloga Novellarum Leonis pii imperatoris in capp. LVI* ne laisse aucun doute à ce sujet. L'auteur de l'*Ecloga Novellarum* — peut-être est-ce l'auteur même de la *Synopsis major* — veut mettre à la disposition des praticiens de son temps les Novelles en vigueur et seulement celles-là. Il fait donc un choix dans le recueil des 113 Novelles pour n'en retenir que la moitié dont il donne seulement le dispositif précédé du mot Θεσπίζομεν. Or, il est à remarquer que la Novelle 50 a été reçue dans l'*Ecloga*. Elle est donc, aux yeux du compilateur, toujours en vigueur. Le point est de savoir si l'opinion du rédacteur de l'*Ecloga Novellarum* était l'opinion commune. Plus précisément la vieille obligation d'insinuer subsiste-t-elle malgré la Novelle Léonienne ? J'ai déjà dit que, selon moi, les théoriciens eurent toujours l'idée de faire prévaloir le droit des Basiliques sur celui de la Novelle L. Cela s'explique de plusieurs façons.

Les Basiliques ont inspiré, dès leur apparition, et pendant longtemps, un respect d'autant plus grand (2) qu'elles étaient l'œuvre réalisée ou inspirée par le fondateur de la maison macédonienne (3). Les textes qu'elles contenaient avaient une autorité consacrée par le grand nom de Justinien et par une tradition d'obéissance à peu près ininter-

(1) *Observ. et Emend.*, XVII, 31. Cf. Zepernick, *op. cit.*, p. 69 ; Mortreuil, *op. cit.*, II, p. 319 ; Zachariae, *Delineatio*, p. 57 ; Heimbach, dans Ersch et Grüber, *op. cit.*, p. 369.

(2) V. Biener, *Geschichte der Novellen Justinian's*, Berlin, 1824, p. 145.

(3) V. *Prochiron Basilii, praef.*, 3 ; *Epanagoge, praef.*, 1 ; *Nov. Leon.*, I, 71. Cf. Rambaud, *op. cit.*, p. 34 sqq.

rompue. Il eût fallu de graves motifs pour les rejeter. Or, la Novelle L était bien faiblement motivée. Léon reprochait à l'insinuation d'être une formalité superflue. Rien de plus inexact. La règle d'insinuation était bonne, au contraire, et produisait de bons effets. Les distinctions entre les petites et les grosses donations, entre les donations *inter viros* et *mortis causa*, entre les donations ordinaires et la dot ou les donations à cause de noces, etc..., étaient raisonnables et justifiées. La disparition des curies, en supposant que Léon l'ait prise en considération, ne devait pas entraîner logiquement la suppression de l'insinuation (1). On sait en effet que l'insinuation pouvait se faire devant d'autres personnes que les magistrats municipaux et les *defensores* (2). En outre, rien n'était plus facile que de donner ou de laisser à des juges ou à des fonctionnaires locaux dépendant de l'administration centrale le droit de procéder à l'insinuation des donations (3).

Il convient aussi de rappeler que l'insinuation mettait dans les constructions juridiques l'idée de publicité, qu'elle rendait aux particuliers *mutatis mutandis* le service que leur rend aujourd'hui la transcription des donations, et que, dans la grande lutte entreprise contre les Puissants pour empêcher la spoliation territoriale des faibles, elle fournissait au fisc un moyen de contrôle trop précieux pour être

(1) *Contra*, Ferrari, *I documenti greci medioevali di diritto romano dell' Italia meridionale*, Leipzig, 1910, p. 83, n. 7.

(2) V. l. 30, C. J. VIII, 53 (54).

(3) La Novelle 44 de Léon, qui se rapporte, non pas au *testamentum judici oblatum*, mais à l'ouverture du testament privé (Cf. Novelle de Constantin Porphyrogénète, J. G. R., III, p. 258), nous apprend que les testaments étaient jadis scellés par le *magister census* (logothète τοῦ γενικοῦ), mais que la coutume avait substitué au logothète, le questeur. Léon approuve la substitution et confie l'*obsignatio testamentorum* au questeur et aussi aux *magistri* et *patricii*, au préfet de la ville et autres présidents de tribunaux à Constantinople. Les stratèges et les juges, dans chaque province, en sont chargés (οἵ τε στρατηγοὶ καὶ οἱ καθ' ἑκάστην ἐπαρχίαν κριταὶ). On peut soutenir que l'insinuation des donations se faisait, quand fut rendue la Novelle L, devant les mêmes personnages. J'incline toutefois à penser que l'intérêt du fisc à connaître les mutations de propriété dut rétablir assez vite la compétence du *magister census*. Dans le texte de la *Pira* LIII, 2, qu'on lira plus bas, p. 271, il n'est question que de l'insinuation devant le *magister census*.

aisément abandonné. Il faut enfin remarquer que l'insinuation donnait lieu à la perception d'une taxe (1), et que ce serait faire tort au fisc byzantin de le croire capable de renoncer à un impôt qu'il était maintenant assuré de percevoir à la place des municipalités.

Les théoriciens et le fisc avaient donc des raisons pour n'obéir pas à Léon. La lecture des livres de droit fait apparaître leur résistance.

IX

Le premier en date de ces livres de droit est l'*Epitome legum in epitome expositarum* (2). Ce manuel est de l'an 920 (3). L'auteur l'a tiré, selon Zachariae, d'un autre *Epitome ex antiquis libris collecta*, comprenant des extraits du Digeste d'après Stephane et l'Anonyme, des extraits du Code d'après Theodore et Thalelée, des extraits des Novelles d'après le Bréviaire de Theodore, etc... Il s'est aidé, en outre, d'une *Ecloga* τοῦ ἐγχειριδίου, ce que Zachariae entend d'un choix de textes du *Prochiron Basilii*. Enfin, on ne peut nier qu'il ait eu en mains les Basiliques, car il les a citées et même expressément (4). Notre auteur — peut-être le Symbatius des Basiliques — annonce, dans une préface remplie de détails historiques fort curieux, que son intention, en composant son livre, a été de ne mentionner que les règles utiles (τὰ χρειώδη τῶν βιβλίων). Retenons bien cela, et lisons le titre XXVIII, qui a pour objet les donations. Au § 3, l'auteur, copiant Théophile, écrit que le taux d'insinuation, d'abord fixé à 200 solides, fut élevé à 500 par Justinien. Au § 17, il rappelle que les donations impériales valent sans insinuation, c'est la disposition de la Novelle 52, ch. 2. Au

(1) *Synopsis major*, lit. E, XI, 1, a : τὰ ὑπομνήματα ἐγίνοντο πρότερον παρὰ τοῦ μαγίστρου τῶν κήνσων ..... ἐπεὶ δὲ ἐκεῖνος καὶ οἱ περὶ αὐτὸν πολλὰς συνηθείας ἕνεκα τούτου ἐλάμβανον..... Cf. Nov. 120 de Justinien, ch. 6 ; l. 23, C. J. VI, 23.

(2) Edité par Zachariae, J. G. R., II, p. 265 sqq., et VII.

(3) Préface Τῆς νομικῆς, p. 281 : ... ἐν τῷ πρώτῳ ἔτει τοῦ εὐτυχοῦς ῥωμανοῦ βασιλέως. Cf. Zachariae, *Kritische Iahrbücher* de Richter et Schneider, 1847, p. 590.

(4) Cf. XXIV, 50, XXXI, 20, XV, 17, et dans le J. G. R., VII, p. 213, les indications de Zachariae.

§ 45, il formule, d'après Théophile, II, 7, 2, la règle de l'insinuation (1). Puis, abandonnant Théophile, il ajoute : Récemment aussi (2), les constitutions ordonnèrent que les donations seraient insinuées, et si elles dépassent le taux (3), et si ce sont des donations pour causes pies, et si elles sont faites à une église, à un *Xenodochium*, à un *Ptochotrophium*, à un *Orphanotrophium*. Certes, je crois bien que l'auteur copie encore cette seconde phrase dans un commentateur du VI^e^ siècle, Théodore ou Thalelée, mais en détournant les mots de leur sens ancien pour leur faire exprimer un sens nouveau. Quand on lit, sans parti pris, dans notre texte : ..... ἐκέλευσεν ὁ Ἰουστινιανός..... Ἀρτίως δὲ..... ἐκέλευσαν αἱ διατάξεις..... le moyen de ne pas y voir l'opposition, déjà marquée dans la préface de l'*Epitome*, entre le droit de Justinien et celui de Léon VI. Le mot ἀρτίως s'applique à merveille aux Basiliques. Pour notre auteur, les Basiliques dataient à peine d'une trentaine d'années, et si vraiment il est le Symbatius des Basiliques, il ne pouvait pas ne pas penser à l'immense travail qu'il avait dirigé. Il tombe sous le sens que si par les mots αἱ διατάξεις l'auteur avait voulu indiquer des constitutions du Code, il n'eût pas employé le mot ἀρτίως et que, le trouvant dans un texte ancien, il l'eût supprimé. Observons enfin que pour désigner un texte formant un *capitulum* des Basiliques, l'expression ἡ διάταξις est usuelle (4).

De tout ce qui précède, il résulte ceci : En 920, un auteur qui a la prétention de ne mettre dans son ouvrage que des choses utiles, expose tout au long la théorie de l'insinuation. Ce même auteur n'ignore pas les Novelles de Léon, il

---

(1) La phrase est mutilée et Zachariae l'a laissée telle. On peut la rétablir, avec Théophile, comme il suit : Μέχρι φ' νομισμάτων καὶ ἀνεμφανίστων οὐσῶν ἐῤῥῶσθαι τὴν δωρεάν . [Ἐξηὗρε δέ τινας δωρεὰς ἃς μηδὲ δεῖσθαι πράξεως εἶπεν ὑπομνημάτων , εἰ καὶ τῶν φ' νν^ο^ ὑπερβαίνοιεν τὴν ποσότητα] , ἀλλὰ ἔχειν αὐτάς τὸ ἰσχυρὸν ἐκέλευσεν ὁ Ἰουστινιανός.

(2) Ἀρτίως δὲ καὶ μετά ἐμφανείας ἐκέλευσαν αἱ διατάξεις γενέσθαι τὴν δωρεὰν κἂν [μὴ] ὑπερβαίνῃ τὴν ποσότητα κἂν εἰς ἄλλας εὐσεβεῖς γίνωνται πράξεις κἄντε εἰς ἐκκλησίαν κἄντε εἰς ξενοδοχεῖον ἢ πτωχοτροφεῖον ἢ ὀρφανοτροφεῖον.

(3) Il faut supprimer, dans le texte, la négation μὴ, et intercaler εἰς devant ἄλλας.

(4) Cf. Mortreuil, *op. cit.*, II, p. 105. V. *Epitome*, XXVII, 38.

les cite à l'occasion, par exemple les Novelles 24, 27, 13, 23 (1), il n'oublie pas que Léon a changé, par la Novelle 59, le droit de Justinien sur l'homme libre qui se laisse vendre comme esclave (2), et pourtant il ne dit rien de la Novelle 50 qui, postérieure aux Basiliques, n'a certainement pas été abrogée par elles.

De ce silence une seule explication est possible : notre auteur estime que la Novelle 50 n'est plus en vigueur.

X

La même explication se présente et s'impose à l'esprit quand on parcourt les scholies du livre XLVII des Basiliques (3). On trouve reproduites au titre I^er^ de ce livre outre les règles du Code et des Novelles sur l'insinuation, d'abondantes scholies de Théodore et d'Isidore. Il est admis aujourd'hui, à peu près unanimement, que les scholies anciennes (4) ont été ajoutées aux Basiliques, en manière de glose explicative, entre 920 et 945, sous le règne de Constantin Porphyrogénète (5). Cela fut fait probablement sur l'ordre et sous la

(1) J. G. R., II, p. 314, 315, 329, 428.

(2) J. G. R., VII, p. 127.

(3) Heimbach, IV, p. 563-616.

(4) Les παλαιά, ou παραγραφαὶ τῶν παλαιῶν.

(5) V. Zachariae, *Kritische Jahrbücher* de Richter et Schneider, 1847, XXII, p. 593. Les Basiliques, écrivait Zachariae en 1836, Αἱ ῥοπαί, p. 102, n. 68, prirent, sous Constantin, la forme sous laquelle Ruhnken et Heimbach ont reproduit le livre VIII, Cf. Heimbach, *Proleg. Bas.*, p. 116. L'opinion de Zachariae est la seule qui concilie d'une manière à peu près satisfaisante les divers textes qui attribuent les Basiliques à Léon et le fameux passage de la préface du *Nomocanon* de Balsamon où il est dit que Constantin Porphyrogénète fit une dernière *Repurgatio legum* : τὴν τελευταίαν ἀνακάθαρσιν τῶν νόμων τὴν γενομένην παρὰ τοῦ ἀοιδίμου βασιλέως κυρίου Κωσταντίνου τοῦ πορφυρογενέτου. Cf. Heimbach, *Basil. Prolegomena*, p. 207; Villanueva, *op. cit.*., p. 78; Assemani, B. J. Or. II, Rome, 1762, p. 309 sqq. Dans la dernière édition de son histoire du droit gréco-romain, p. 24, n. 23, Zachariae paraît croire que l'affirmation de Balsamon vient d'une erreur commise par ce canoniste interprétant mal une abréviation d'un manuscrit du commentaire de Théodore Bestès. Mais Zachariae admet toujours, V. *op. cit.*, p. 26, que les *Scholia antiqua* ont été ajoutées au texte des Basiliques sous le règne du fils de Léon. — Pour les opinions anciennes sur le texte de Balsamon, V. Heimbach, *De Basilicorum origine*, *Lipsiæ*, 1825, p. 13 sqq.; Suarez, *Notitia Basilicorum*, édit. Pohl, *Lipsiæ*, 1824, p. 51.

direction de ce prince qui, on le sait, avait la manie des compilations et auquel l'activité jalouse de Romain Lacapène laissait de longs loisirs (1). L'insertion des scholies anciennes sur l'insinuation donne la preuve que le fils de Léon lui-même considérait la Novelle 50 de son père comme hors d'usage.

Cette conclusion se fortifie d'une autre considération. On sait que les Byzantins ne gardèrent pas intactes les Basiliques augmentées des scholies anciennes. Peu à peu, et par la force des choses, des scholies nouvelles (*Scholia recentiora*) œuvre de jurisconsultes postérieurs, vinrent compléter le recueil et modifier l'aspect général que la compilation avait reçu par les soins de Constantin Porphyrogénète. Dans les scholies nouvelles on trouve la mention de plusieurs constitutions de Léon, et bien entendu, de celles qui étaient encore en vigueur dans le temps que les scholiastes nouveaux écrivaient. Voici la liste de ces constitutions :

Novelle	18	Heimbach	III, p. 156
—	19	—	I, p. 658 (2)
—	20	—	III, p. 462
—	32	—	I, p. 705 (3)
—	34	—	V, p. 898
—	35	—	V, p. 899
—	48	—	II, p. 399 (4)
—	49	—	II, p. 424
—	53	—	I, p. 639 et V, p. 648
—	59	—	III, p. 178 (5)
—	60	—	V, p. 878
—	61	—	II, p. 453

(1) Cf. Rambaud, *op. cit.*, p. 63 sqq.

(2) Dans cette scholie il est également question d'Eustathe Romain.

(3) Dans la scholie Γίνωσκε il est aussi question d'une novelle d'un empereur porphyrogénète, c'est l'empereur Basile Porphyrogénète qu'on veut désigner, cf. Heimbach, V, p. 768, et Zachariae, J. G. R., III, p. 278, n. 1.

(4) La scholie εἰ καὶ μὴ dans laquelle est citée la Nov. 48 de Léon appartient à Enantiophanès, mais seulement jusqu'au mot γυνὴ.

(5) La scholie est attribuée à l'Anonyme. L'erreur est évidente, et Heimbach l'a corrigée dans le *Manuale*, p. 284, n. 9.

Novelle	66	Heimbach	V, p. 826
—	67	—	V, p. 868
—	70	—	V, p. 273
—	72	—	I, p. 564
—	77	—	I, p. 705
—	96	—	V, p. 648
—	99	—	II, p. 560
—	105	—	V, p. 820 (1)

Un coup d'œil jeté sur la liste qui précède apprend au lecteur que la Novelle 50 n'est pas citée par les scholiastes postérieurs aux Basiliques. Certes, l'omission peut tenir au hasard. On peut dire aussi que nous n'avons pas les Basiliques en entier, que toutes les scholies, et en particulier celles du livre 47, ne nous sont pas parvenues. Mais n'est-il pas tout aussi légitime de croire que si la Novelle 50 n'est pas citée, c'est parce que les compilateurs de scholies et en particulier le rédacteur du Codex n° 1349 (2), ne la croyaient pas applicable.

XI

La *Synopsis major* (3) porte dans les manuscrits le titre suivant : Ἐκλογὴ καὶ σύνοψις τῶν βασιλικῶν ἑξήκοντα βιβλίων σὺν παραπομπαῖς κατὰ στοιχεῖον. On a donc affaire à un ouvrage composé à l'aide des Basiliques (4). La *Synopsis major* comprend un titre sur la foi orthodoxe, mis en tête διὰ τὸ τίμιον, et puis vingt-quatre parties ou lettres contenant des titres en nombre variable suivant les lettres. Dans chaque partie les titres se suivent

(1) Cette liste est la reproduction corrigée de celle qui est donnée par Mortreuil, II, p. 321, et par Heimbach, *Prolegomena*, p. 143, n. 17. La correction porte sur la Nov. 7 que Mortreuil et Heimbach citent, à tort, comme mentionnée dans les scholies des Basiliques.

(2) C'est le seul manuscrit avec scholies pour le livre 47. — Le Cod. 1354 (Codex Ribieri) est une copie prise par Hervet du Cod. 1349. Cf. Mortreuil, II, p. 204. Dans le Cod. Par. 1357 qui contient aussi le livre 47, les *capitula* sont dépourvus de toute annotation.

(3) Zachariae l'a éditée, J. G. R. V, d'après le *Codex Lipsiensis*, n° 1547, qui a été écrit en 1541, mais *ex prototypo antiquo haustus*.

(4) Cf. Zachariae, Αἱ ῥοπαί, p. 32; *Delineatio*, § 39; J. G. R., V, p. III et s.; Mortreuil, *op. cit.*, II, p. 435 et s., III, p. 298 et s.

d'après l'ordre alphabétique et chacun porte une rubrique que l'auteur a rédigée en s'inspirant des rubriques des Basiliques. Dans chaque titre on trouve assemblés des extraits des *capitula* reproduits textuellement ou parfois abrégés. En outre, des renvois apprennent quel est le texte utilisé et d'autres notes citent des lieux parallèles, donnent des explications, fournissent des exemples, précisent le sens d'un mot, signalent une législation nouvelle (1), opposent au droit ancien la pratique ou le droit nouveau (2). — On ne sait pas quel est l'auteur de la *Synopsis*, mais on sait, à peu près sûrement, que cet auteur écrivait vers le milieu du x^e^ siècle. Il n'a point d'ailleurs écrit les annotations. Les notes sont l'œuvre variable et postérieure des divers juristes qui utilisèrent la *Synopsis* : chacun écrivant sur son exemplaire les indications qu'il jugeait utile (3). Il y a cependant des notes qu'il convient d'attribuer à l'auteur même du recueil, parce qu'elles se retrouvent dans presque tous les manuscrits, ce sont les notes qui renvoient aux novelles de Justinien ou aux autres parties de la *Synopsis* (4).

Le succès de la *Synopsis major* fut considérable. Nous en avons la preuve non seulement dans le grand nombre des manuscrits jusqu'à nous parvenus, mais encore dans la composition de la *Synopsis minor* et dans le fréquent emploi de notre recueil par l'auteur du *Prochirum auctum* et par Harménopule. Il est donc important de savoir ce que devient dans la *Synopsis major* la règle de l'insinuation.

Au titre sur les donations, *lit.* Δ, XLI, il est question de donations insinuées. La règle de Justinien est entièrement

(1) La scholie Ἰστέον sur *lit.* Γ, II, cite une Novelle d'Alexis Comnène. Sur E, VII, 8, on trouve une glose de Psellus. Sur Δ, VI, 2, une scholie cite la πεῖρα. Le *magister* est encore cité sur K, XVI, 39, et sur H, XXIX, 56.

(2) Ainsi, à propos du *Casus non existentium liberorum lit.*, H, XXIX, 26, on lit dans la scholie Ἰστέον : ... νῦν δὲ τοῦτο ἀργεῖ. — On lira aussi sur N, VI, 1, la singulière annotation relative à la loi des XII Tables qu'il faut rapprocher du *Proemium* de Michel Attaliate et de la *Synopsis minor lit.*, N. 1 sqq.

(3) Zachariae, J. G. R., V, p. XI : *Reliqua scholia a studiosis ubi videretur adscripta.*

(4) Cf. Zach. *op. cit.*, p. XI. — Comme exemple de note renvoyant à d'autres parties de la *Synopsis*, V. p. 39, n. 9, la scholie Ζήτει, qui renvoie au tit. XV, § 3 de la lettre A.

reproduite dans le § 14. Au § 36, à propos des donations faites à l'Eglise, à une maison pieuse, aux pauvres, à une ville, on nous redit que l'insinuation n'est pas nécessaire tant que la donation ne dépasse pas 500 nomismes. Au-dessus de ce chiffre, elle est nécessaire à moins que la donation soit impériale. On reconnaît le droit de Justinien. De la Novelle de Léon pas un mot. Si nous passons au titre sur les dons et gains nuptiaux, *lit.* r, V, nous lisons, au § 1er, que la donation à cause de noces, insinuée ou non, vaut en ce qui concerne la femme. C'est le droit de la Novelle 119, ch. 1er, de Justinien, c'est aussi le droit des Basiliques (1). De la Novelle de Léon, rien encore. Concluons que l'insinuation persistait au milieu du xe siècle.

Pour les temps qui ont suivi, une difficulté vient de la scholie mise sous notre texte r, V, 1. Glosant les mots ἐπὶ πράξεως ὑπομνημάτων, le scholiaste écrit : « Aujourd'hui cela « ne s'observe plus, cela est inutile. Les donations se font « par tabellions, et c'est de quoi tous se contentent. Toutes « les autres formalités qui avaient lieu devant le *magister* « *census* ont également pris fin. Jadis, comme il appert du « texte, on les accomplissait aussi dans les donations à cause « de noces » (2). Il paraît d'abord assez naturel d'entendre cette scholie, comme fait Zachariae, en ce sens que l'insinuation n'est plus pratiquée, et que la Novelle de Léon est obéie. Pourtant je ne puis me tenir de penser que c'est là une interprétation illégitime et qu'on exagère la pensée du scholiaste. Les mots αἱ δωρεαὶ doivent naturellement s'entendre des donations *propter nuptias* dont le texte glosé s'occupait *exclusivement* et qui, en effet, comme l'explique ledit texte, était soumises, quant aux effets du défaut d'insinuation, même au temps de Justinien, à des règles spéciales. Le sens de la scholie est celui-ci : on exigeait jadis l'insinuation pour les donations à cause

(1) XXIX, 4, 1.

(2) Σήμερον τοῦτο οὐ φυλάττεται, ἀλλ' ἄχρηστόν ἐστι, διὰ γὰρ ταβελλίονος γίνονται αἱ δωρεαὶ, καὶ ἀρκοῦνται τούτῳ ἅπαντες, ἀργούντων καὶ τῶν λοιπῶν ἁπάντων ἅπερ ἐπὶ τοῦ μαγίστρου τῶν κήνσων ἐγίνετο · πρότερον γὰρ ἐπὶ ὑπομνημάτων, ὡς ἐντεῦθεν ὅῆλον, ἐπὶ ταῖς πρὸς γάμου δωρεαῖς. J'ai reproduit le texte donné par Zachariae, mais en substituant ἀργούντων à ἀρκούντων qui me paraît une erreur de copiste

de noces comme pour les autres. On se contente aujourd'hui de les faire par tabellions. Ce sens vient si logiquement à l'esprit que Leunclavius, dans son édition de la *Synopsis*, Bâle, 1575, traduit : αἱ δωρεαὶ par *hae donationes*, c'est-à-dire les donations à cause de noces. Et si tel est le sens véritable de la scholie, on doit convenir qu'elle ne fournit aucun appui à la thèse générale de Zachariae, même pour le temps dans lequel vivait le scholiaste.

Il y a plus : la thèse de Zachariae paraît en opposition avec un autre texte de la *Synopsis*, *lit.* E, XI, 1, et la scholie qui l'accompagne (1). Le texte reproduit le ch. 6, III, 12, des Basiliques, qui est aussi le ch. 6 de la Novelle 123 de Justinien. D'après ce chapitre, il était permis aux administrateurs des monastères et des églises de prendre en location ou en emphytéose les possessions adjacentes au monastère ou à l'église, mais sous la condition que tous, moines ou clercs, y consentissent dans l'acte de concession ou *sub gestis monumentorum* (ἐπὶ πράξεως ὑπομνημάτων) en déclarant que la concession était faite pour l'utilité de la maison pieuse. Dans la scholie, on observe que les *monumenta* avaient lieu d'abord devant le *magister census* (2) et portaient témoignage de l'utilité de l'aliénation, mais qu'ensuite, comme le *magister census* et son *officium* touchaient beaucoup de *consuetudines* (droits d'insinuation), il avait été décidé que les *monumenta* se feraient devant le prélat qui avait promu ou ordonné les administrateurs. L'insinuation existerait donc toujours, mais, pour les actes concernant l'Eglise, il y a un greffe des insinuations ecclésiastiques (3).

---

(1) J. G. R., V, p. 298.

(2) Du temps de Léon, v. Nov. 44, le *magister census* était devenu le logothète τοῦ γενικοῦ.

(3) Ceci n'est point, au reste, une nouveauté, ni le motif qui avait fait créer un tel greffe. Dans la Nov. 120, ch. 6 § 2, Justinien écrit que les *monumenta* ont lieu devant les patriarches ou les métropolitains ou les évêques, sans dommage ni impense pour les maisons pieuses (μηδεμίαν ὑπὲρ αὐτῶν ζημίαν ἢ δαπάνην τοὺς εὐαγεῖς οἴκους ὑφίστασθαι). Et Justinien ajoute, qu'à l'avenir il défend que de tels *monumenta* aient lieu devant les *præsides* ou les *defensores*, pour que les dites maisons ne subissent aucun dommage.

XII

Jusque vers la fin du x^e^ siècle, les écrivains juridiques sont donc unanimes à déclarer nécessaire l'insinuation des donations supérieures à 500 nomismes, et paraissent d'accord pour écarter tacitement l'application de la Novelle 50. Cependant, Léon n'avait pas inutilement proclamé que l'insinuation était une subtilité superflue et qu'un écrit, des témoins suffisaient. D'abord intimidés par les prescriptions impératives des scholies anciennes, auxquelles Constantin Porphyrogénète avait donné, en les joignant aux Basiliques, une nouvelle autorité, beaucoup d'hommes d'affaires, pour éviter la taxe, le dérangement, une publicité souvent indiscrète, s'enhardirent peu à peu jusqu'à invoquer la Novelle 50 devant les tribunaux, et jusqu'à conseiller à leurs clients de s'abriter derrière elle pour ne plus pratiquer l'insinuation. Je laisse à penser quel trouble cette façon d'agir jeta dans la cervelle des juges. Pour s'en faire une idée, il est bon de parcourir le titre 53 de la *Practica ex actis Eustathii Romani*.

C'est un singulier ouvrage que la Πεῖρα. Zachariae qui, en 1847, rendant compte du tome III de Mortreuil, avait écrit de substantielles pages sur l'auteur, les sources, le caractère, l'histoire de la Πεῖρα (1), se décida, en 1856, à en donner une édition qui forme la *pars prima* du *Jus Graeco-Romanum*. L'édition est faite d'après le *Cod. Laurent*, LXXX, 6, fol. 478 sqq. du xv^e^ siècle, qui donne une Πεῖρα en 75 titres (2) avec quelques lacunes et non pas toujours sans quelques altérations de la forme originale. Utilisant surtout l'article des *Kritische Jahrbücher*, je rappelle que le nom de l'auteur de la *Practica* est inconnu. C'était un employé du tri-

(1) V. *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft* de Richter et Schneider, Elfter Jahrgang, XXII, p. 597 et s. Cf. *Delineatio*, p. 67; Mortreuil, II, p. 474 et 503; Heimbach, dans Ersch et Grüber, LXXVI, p. 387 et 423; Zachariae, J. G. R., I, p. IV, et *G. d. G. R. R.*^3^, p. 30.

(2) Chaque titre contient plusieurs paragraphes, la plupart commençant par ὅτι. On y trouve des fragments des Basiliques et des exposés d'espèces avec décisions motivées.

bunal impérial de Constantinople (1), plus tard, à ce qu'il semble, juge lui-même (2), qui, sans doute, était fort considéré des membres du haut tribunal, puisque ceux-ci écoutaient ses observations et ne dédaignaient pas d'y répondre (3). Quand il écrit, Romain III Argyre (1028-1034) est déjà mort, mais depuis assez peu de temps, comme l'indique l'épithète employée ὁ μακαρίτης (4). Les affaires citées s'échelonnent du milieu du x^e^ siècle au règne de Romain Argyre. Du titre que porte l'ouvrage : *Practica sive doctrina ex actis magni viri Eustathii Romani* (5), on doit conclure que l'auteur a composé son ouvrage en se servant des décisions du célèbre juriste Eustathe Romain (6). Mais comment a-t-il procédé ? A-t-il fait des extraits d'un ouvrage d'Eustathe dans lequel celui-ci avait recueilli ses décisions et d'anciennes espèces ? A-t-il utilisé, au lieu d'un tel recueil dont il ne reste pas trace, les archives du tribunal impérial ? A-t-il simplement recueilli des *acta* d'Eustathe Romain, en sorte que les décisions des autres juges sont des décisions venues en appel devant Eustathe Romain ? Là-dessus, on peut hésiter à se prononcer et Zachariae a varié. C'est vers le milieu du x^e^ siècle que notre auteur écrit, et certainement après la mort d'Eustathe, car les éloges qu'il donne à Eustathe ne sont pas, suivant la remarque de Zachariae, de ceux qu'on donne à un vivant (7). A en juger par la façon souvent inintelligible dont il relate les affaires, il est médiocrement

---

(1) Le *Magister*, XV, 10, lui fait chercher d'anciens rôles.

(2) Cf. Leunclavius, J. G. R., I, p. 406.

(3) Ex. : VI, 15, 16 ; XIV, 18 ; XVII, 14 ; XXVIII, 3, 6 ; XXV, 22, 68 ; XLIII, 4 ; LI, 16, 29 ; LXVI, 25.

(4) V. XLIX, 4. Cf. une citation (XLIX, 3) d'un décret du patriarche Alexis rapporté dans Ralli et Potli, Σύντ. τ. καν, V, p. 36.

(5) Βιβλίον, ὅπερ παρὰ μὲν τινων ὀνομάζεται πεῖρα, παρὰ δέ τινων διδασκαλία ἐκ τῶν πράξεων τοῦ μεγάλου κυροῦ εὐσταθίου τοῦ ῥωμαίου.

(6) On trouve dans la πεῖρα les indications suffisantes pour établir le *curriculum vitae* d'Eustathe Romain : λιτὸς κριτής LXIV, 1 ; exactor XLIV, 1 ; questeur XVI, 20, LI, 29 ; protospathaire LXI, 4 ; μυστικὸς LXV, 1 ; magister et patrice XXIV, 4, 5, XXV, 3, XLVI, 4, XLIX, 2, 4, LXIV, 1. Eustathe Romain était fils de Constantin Maleinus. V. Freher, J. G. R., II, 173. Son grand-père était également membre du tribunal impérial, XXX, 76.

(7) V. XLIX, 4, *in fine*.

instruit et médiocrement intelligent. Aussi suis-je peu disposé à croire, comme le veut Fischer (1), que notre auteur soit le jurisconsulte Garidas (2), et encore moins que la Πεῖρα ait été un *compendium* officiel écrit pour l'enseignement dans la nouvelle école de droit fondée par Constantin Monomaque en 1045. Mais officielle ou non, la Πεῖρα a une grande importance. Elle nous renseigne tant bien que mal sur la jurisprudence, l'administration, l'organisation judiciaire, la procédure de l'Empire byzantin au XI^e^ siècle. Il est donc naturel de lui demander de nous renseigner aussi sur l'application de la Novelle 50 de Léon.

Le titre du recueil relatif aux donations est le titre LIII. On retrouve dans le premier paragraphe le ch. 8, Bas. V, 1 (l. 19, C. J. 1, 2), qui dispense d'insinuation la donation non supérieure à 500 solides faite à une église, à une maison pieuse, aux pauvres, à une ville, et la donation même supérieure à 500 solides faite par l'Empereur. On retrouve ensuite le ch. 66, Bas. XLVII, 1 (l. 34, C. J., VIII, 53 (54), qui établit la règle générale de l'insinuation des donations. Le second paragraphe est beaucoup plus intéressant. Je voudrais, *periculo meo*, en donner la traduction :

« ... Il fut récemment jugé par le magister et les juges « que la règle légale d'après laquelle une donation non insi- « nuée ne valait pas au delà de 500 nomismes n'était plus « en vigueur. Un procès, en effet, avait été intenté par le « protospathaire Théophile, fils d'Eroticus ὁ βέστης contre « l'épouse alors vivante du fils de Parandenos, laquelle avait « fait donation à Théophile d'un bien immobilier. Celle-ci « nia d'abord la donation, puis ensuite reconnut que « l'*instrumentum donationis* existait bien (3). Mais elle « objecta, par l'intermédiaire d'un certain juge (4), que la « donation dépassant 500 nomismes et n'ayant pas été insi-

(1) V. W. Fischer, *Studien zur byzantinischen Geschichte des elften Jahrhunderts*, Plauen, 1883, p. 54 sqq.

(2) V. Zachariae, *G. d. G. R. R.*[3], p. 30, n. 28.

(3) συνομολογεσάσης μὲν τὸ δωρεαστικόν.

(4) προβαλλομένης δὲ διά τινος κριτοῦ μὴ ἰσχύειν τὴν δωρεὰν ὑπὲρ τὰ φ' νομίσματα οὖσαν καὶ μὴ ἐμφανισθεῖσαν.

« nuée, ne valait pas. Le *Magister* jugea avec les juges en « s'exprimant ainsi : A présent, cette loi n'est pas en « vigueur (1). L'effet que produisait jadis la production de la « donation et sa transcription (2) par-devant le *magister* « *census* est maintenant produit par le *tabularius* écrivant « l'*instrumentum donationis* et par les témoins y souscri- « vant (3). Jadis, la déclaration était faite par-devant le « *magister census*, c'est-à-dire le *Genicus*, parce que, d'une « part, les impôts devaient être à la charge, non de ceux qui « jusqu'alors étaient inscrits comme propriétaires, mais de « ceux qui le devenaient (4), et que d'autre part, le bien « donné passant au preneur (c'est-à-dire au donataire), il « était raisonnable que l'*exactor* tirât du rôle le premier « propriétaire (c'est-à-dire le donateur) (5). Et c'est pour « cela que le *Genicus* recevait la déclaration de donation. « De la sorte, les *exactores* n'éprouvaient aucune difficulté « à percevoir les impôts des biens donnés, connaissant et « possédant les transcriptions des actes de donation (6). Le « *Magister* ajoutait : La loi périt par le non-usage de même « qu'elle s'établit par l'usage (7). Que quelqu'un montre depuis « de longues années et de temps immémorial une donation « déclarée ou transcrite et cette transcription gardée dans les

---

(1) μὴ ἐνεργεῖν νῦν τὸν τοιοῦτον νόμον.

(2) L'expression très exacte dont se sert le magister est : ἀπογραφή, *descriptio*. V. p. 237, n. 3. — La transcription moderne s'appelle μεταγραφή.

(3) C'est le raisonnement que faisait déjà, à propos des donations à cause de noces, le scholiaste de la *Synopsis major*. V. *supra*, p. 266.

(4) Je lis : διότι τὰ τέλη (ἦν) οὐ τῶν (τέως) ἀναγραφομένων ἀλλὰ τῶν γενομένων δεσποτῶν).

(5) τὸ δὲ δωρούμενον κτῆμα μετέπιπτεν ἐπὶ τὸν λαβόντα, καὶ εἰκὸς ἦν τὸν ἀπαιτοῦντα ἔλκειν τὸν πρῶτον δεσπότην ἤτοι τὸν δωρησάμενον. V. l. 5, C. Th., XI, 3. Cf. Spangenberg, *op. cit.*, p. 172 : ... nobis erit cura, de vasariis publicis nomen prioris domini suspendi et vestri dominii adscribendi..., p. 249 : ... nomen quoque meo de polypticis publicis eximi faciatis, et nomen s. s. emptoris in loco prosterni faciatis, etc... Le *Magister* attribue à l'insinuation de la donation l'effet fiscal qui était jadis celui de l'insinuation de la tradition consécutive (*epistola traditionis*, *diploma vacuale*) parce que, de son temps, en pratique, la remise du titre de donation valait tradition. V. p. 245, n. 1, p. 287, p. 288, n. 3.

(6) εἰδότες καὶ ἔχοντες τὰς ἀπογραφὰς τῶν δωρηθέντων.

7) Cf. D. 1, 3, 32, 34 ; Bas., II, 1, 41 ; *Epanagoge*, II, 11, 12.

« bureaux du Genicus. Mais on ne pourrait rien montrer « de tel. Bien plus, il y a une novelle de l'empereur Léon « qui supprime une telle législation. Elle dit qu'une dona- « tion est valable si elle est faite devant témoins avec sous- « cription des donateurs. — L'affaire fut donc jugée en ce « sens et la donation ne fut pas rescindée. Jusqu'alors (τέως), « disait le *Magister*, la donation supérieure à 500 nomismes « ne valait pas pour le surplus, mais seulement jusqu'à « 500 nomismes, conformément au ch. 63 (66) du tit. I du « livre 47 des Basiliques ainsi conçu : S'il y a surplus, que « pour le surplus la donation soit sans force ».

Ce long texte est très instructif. Il est certain que pour le *Magister* et la majorité — non l'unanimité — des juges, l'insinuation n'est plus exigée ni pratiquée. Le raisonnement d'Eustathe Romain mérite l'attention : L'insinuation constituait une mesure de publicité des mutations, une source de renseignements pour le fisc. Grâce à la transcription, les agents fiscaux savaient à qui demander l'impôt, les rôles et les cadastres étaient tenus à jour. Cette publicité est maintenant remplacée par celle qui résulte de la présence des témoins et des *tabularii*. On sait en effet que les *tabularii* étaient sous la surveillance de l'autorité administrative, qui prenait connaissance des actes dressés par eux (1). L'insinuation a donc disparu. Mais pourquoi? Il est curieux que le *Magister* ne se borne pas à répondre : parce que la Novelle de Léon en a ordonné la disparition. A la vérité, il donne bien cette raison, mais il éprouve le besoin d'en donner encore une autre, qui s'accorde mal avec la première, à savoir que l'insinuation est tombée en désuétude. C'est, dit-il, inutilement qu'on ferait des recherches dans les bureaux du ministère, on n'en trouvera pas trace. De temps immémorial, on n'insinue plus. Le *Magister* ne se contente pas d'alléguer la novelle impériale par ce que, j'imagine, cela n'eût pas suffi à convaincre le tribunal. Pour entraîner l'opi-

(1) Sans quoi, le préfet de la ville n'aurait pu exercer les sanctions prescrites. V. *Le Livre du préfet*, publié par Nicole, Genève, 1893, I, *De tabulariis*. Cf. Stöckle, *Spätromische und byzantinische Zünfte*, Leipzig, 1911.

nion des juges, le *Magister* comprend bien qu'il doit non seulement citer la Novelle 50, mais encore montre qu'après Léon elle a été appliquée.

XIII

La pratique étant ainsi fixée, que feront désormais les théoriciens?

Les uns vont céder au courant, d'autres résister. Quelques-uns, indécis et timorés, ne sauront quel parti prendre et reproduiront dans leurs ouvrages à la fois le droit nouveau et le droit ancien.

A la première catégorie appartiennent les juristes qui ont écrit l'*Epanagoge aucta*, le *Prochirum legum*, la *Synopsis minor*.

L'*Epanagoge aucta* (1) est un petit manuel, œuvre d'un particulier qui utilise l'*Epanagoge* (2), le *Prochiron*, l'*Ecloga cum appendice*, l'*Epitome novellarum* d'Athanase, les Basiliques et les Novelles de Léon.

L'auteur, qui est inconnu, écrit avant le XII^e^ siècle, probablement à la fin du XI^e^, sous le règne de Basile Bulgaroctone. Prolixe sur les donations, il se tait sur l'insinuation. Ce silence est significatif. A la vérité, il nous dit, XVIII, 36, que les donations impériales n'ont pas besoin d'être insinuées; mais le § 36 ajouté, je crois, au titre XVIII par inadvertance, ne fournit qu'un argument *a contrario*, argument faible en soi et, ici, tout à fait détruit par l'insertion au milieu du titre, d'un paragraphe 21 qui, malgré ses lacunes, nous donne ou le texte primitif ou le résumé de la Novelle 50 (3).

Le *Prochiron legum* a été publié en 1895 par MM. Brandileone et Puntoni (4). C'est un manuel privé de droit byzantin contenu dans le Cod. Vat. 845, manuscrit de la seconde

(1) Editée par Zachariae, J. G. R., IV, p. 171 sqq.

(2) De la préface de l'*Epanagoge* il reste, en tête de l'*Epanagoge aucta*, les deux mots : Λέων βασιλεὺς.

(3) Ὅτι δεῖ τὰς δωρεὰς τὰς ὑπὲρ τῶν ϖ νομισμάτων οὔσας ... καὶ εἰ διὰ μαρτύρων πιστῶν βεβαιοῦνται, κἂν ἄρα ἄγραφός ἐστιν ἡ μαρτυρία, πιστὰς καὶ ἐῤῥωμένας εἶναι διατυποῦμεν.

(4) Le volume fait partie des publications de l'Institut historique italien : *Fonti per la storia d'Italia*,.

moitié du XII^e siècle. L'auteur inconnu tire ses matériaux notamment de l'*Ecloga*, du *Prochiron*, de l'*Epanagoge*, de l'*Epitome legum*, mais il les corrige au besoin pour les mettre d'accord avec la langue et la pratique de son temps et de sa province. Il écrit vers la fin du X^e siècle, dans une région de l'Italie soumise à l'empereur d'Orient, plus rapprochée, disent les éditeurs, de Cosenza que de Reggio, ce qui explique pourquoi des règles de droit lombard s'infiltrent dans son œuvre. Le texte que nous possédons n'est pas le texte primitif, mais une rédaction postérieure faite au temps de la domination normande, sans doute au temps du roi Roger dont l'activité législative est connue (1). Il ne paraît pas impossible aux éditeurs que la seconde rédaction ait reçu la sanction royale. Les gloses seraient un apport de l'enseignement ou de l'école.

Le *Prochiron legum* contient un titre V *de donationibus*. On y retrouve les règles de l'*Ecloga* et du *Prochiron*, mais non pas les règles d'insinuation de l'*Epitome legum*. L'intention d'écarter ici les textes d'un recueil si copieusement utilisé dans d'autres titres est évidente. Donc sous le premier roi normand on n'insinue plus les donations. Est-il téméraire de conclure aussi que, bien avant la conquête normande, la jurisprudence était fixée en ce sens?

La *Synopsis minor* (2) comprend 24 parties correspondantes aux 24 lettres de l'alphabet. On a puisé, pour la composer, dans l'ouvrage de Michel Attaliate (y compris l'appendice) et dans la *Synopsis major*, parfois aussi dans l'*Epanagoge* et les *Glossae nomicae*. De l'auteur on ne sait rien, pas même un nom. Antoine Augustin attribuait l'ouvrage à un certain Joseph Tenedius, Pardessus à Docimius jadis propriétaire du *Cod. Vindobonensis jur.*, gr. 5. Quel-

(1) Cf. Brandileone, *Il diritto romano nelle leggi normanne e sueve del regno di Sicilia*, 1884, et *Il diritto bizantino nell' Italia meridionale dall' VIII al XII secolo*, 1886 ; Vito la Mantia, *Cenni storici su le fonti del diritto greco-romano*, 1887, p. 76; Chalandon, *Histoire de la domination normande en Italie et en Sicile*, I, 1907, p. IX et s.

(2) Editée par Zachariae, J. G. R., II, p. 1 sqq. Cf. *Delineatio* § 47, Mortreuil, III, 315 ; Zachariae, *Kritische Jahrbücher*, 1847, XXI, p. 632 sqq. ; Heimbach, dans Ersch et Grüber, *op. cit.*, p. 440.

ques savants, si l'on en croit Cujas, l'attribuaient à l'empereur Romain le jeune. Toutes ces attributions sont fausses. — Peut-on au moins fixer la date et le lieu de rédaction? Le principal manuscrit, le *Cod. Vind.* 5 est de la fin du XIII^e^ siècle. Dans le chap. 29, lettre Φ, il est parlé d'une Novelle de Manuel Comnène de 1166, et nous savons par une note sur le chap. 13, lettre Σ, que Manuel est décédé quand le rédacteur écrit. Au chap. 47, lettre Β, on lit que l'empereur régnant est né le jour de Pâques au moment que le prêtre prononçait les mots traditionnels : χριστὸς ἀνέστη. Enfin le chap. 25, lettre Κ, suggère l'idée que l'auteur vit loin de Constantinople. De tout cela, Zachariae a conclu justement, je crois, que l'auteur écrivait à Nicée, sous Jean Ducas Vatatzès (1222-1255). L'ouvrage peut donc nous éclairer sur le droit grec du milieu du XIII^e^ siècle. Or l'on a vite constaté, en le lisant, que la règle de l'insinuation est passée sous silence. Que l'omission soit intentionnelle, c'est certain. En effet, d'une part, Michel Attaliate, un des guides de notre auteur, parlait, lui, de l'insinuation ; d'autre part, une scholie du Code Laurentien, LXXX, 16, donne, à propos des donations, le dispositif de la Novelle 50 et justifie ainsi l'omission constatée.

XIV

Venons maintenant aux ouvrages qui reproduisent purement et simplement la vieille règle de l'insinuation.

L'*Opus Michaelis Attalensis, proconsulis et judicis* a été signalé pour la première fois, en Occident, par Leunclavius (1). C'est d'après une copie de Leunclavius et une autre de Gérard Falkenberg que Freher donna l'édition bien connue du J. G. R. II, p. 1-79. En 1861 une autre édition, due à Léonidas Sgouta, parut dans la Θέμις ἢ ἐξέτασις τῆς Ἑλληνικῆς νομοθεσίας, VIII, p. 47 sq. L'ouvrage contient 37 titres et une préface (2). Il est tiré presque exclusivement des Basi-

(1) Notatorum lib. II, 156. V. Trésor d'Otton, III, p. 1539.

(2) Le manuscrit copié par Leunclavius contenait 95 titres, d'où la division qu'on trouve dans l'édition de Freher.

liques (1). Dans tous les manuscrits on trouve un supplément contenant l'observation connue sur les Novelles de Léon, puis des Novelles de Léon et quelques autres textes. Ce supplément faisait partie de l'ouvrage primitif (2). D'autres pièces ont été plus tard et accidentellement ajoutées : une Novelle d'Alexis Comnène, une lettre de Michel Cerulaire, etc.

On sait ce que fut Michel Attaliate : inutile d'en parler ici (3). En composant son livre, Michel voulait, lui-même nous l'apprend, écrire un abrégé concis, clair. Au besoin, pour être mieux compris, il usera de la langue vulgaire. Il voulait aussi venir en aide à ceux que les enseignements oraux fatiguent et ennuient. Si l'on en croit le titre et l'épigramme mise en tête de l'édition leunclavienne (4) l'auteur écrit sur l'ordre de Michel Ducas, pendant la troisième année du règne de ce prince, donc en 1073 ou 1074. Il est vrai que l'épigramme est suspecte, mais d'autres considérations, que je tais *brevitatis causa*, persuadent que la date donnée est exacte (5).

Michel Attaliate connaît fort bien les Novelles de Léon VI. Il cite dans le supplément les Novelles 5, 15, 37, 71, 89, 92, 102, 114. S'il ne dit rien de la Novelle 50, c'est que sa volonté est certaine de maintenir intact le droit de Justinien et des Basiliques, tel qu'il le rapporte dans les lignes suivantes (6) : Δεῖ τὴν δωρεὰν ἀχρι πεντακοσίων νομισμάτων ἐρρῶσθαι, κἂν μὴ ἐμφανισθῇ. [Εἰ δὲ πλεῖον εἴη τὸ ὑπέρπλεον μὴ ἰσχύετω] (7) ἐξηρημένων τῶν βασιλικῶν δωρεῶν, καὶ τῶν εὐσεβείας λόγῳ γινομένων, καὶ τῶν εἰς μνηστὴν διδομένων. En

(1) Cf. Heimbach, *Prolegomena Basilicorum*, p. 147; Zachariae, *Delineatio* § 45; Heimbach, G. R. R., dans Ersch et Grüber, p. 436; Mortreuil, *op. cit.*, III, p. 225 et s.

(2) Cf. Zachariae, *Kritische Iahrbücher* de Richter et Schneider, XXI, p. 267.

(3) On trouvera dans la *Bibliotheca Graeca medii aevi* de Sathas, t. I, p. ζ' — ιθ' la bibliographie de Michel Attaliate, et p. 1 — 69 le typique de l'hospice et du couvent fondés par lui. V. aussi Miklosich et Müller, *Acta* et *diplomata*, V, p. 136 sqq., p. 393 et sqq., et Nissen, *die Diataxis des Michael Attaleiates von* 1077, Iena, 1894, p. 23-30.

(4) V. aussi Sgouta, *op. cit.*, p. 47.

(5) Cf. Heimbach, *op. cit.*, p. 437, Sathas, I, ιζ'-ιζ'; Krumbacher², *op. cit.*, p. 74.

(6) Tit. XLIII (Sgouta, XXIX), 6.

(7) Bas., XLVII, 1, 66.

refusant d'appliquer la Novelle 50, Michel Attaliate reste d'ailleurs fidèle à la règle qu'il a posée : Parmi les Novelles de Léon, ne sont applicables que celles qui comblent une lacune législative ou complètent les Novelles de Justinien.

L'*Ecloga privata aucta* (1) est composée avec une certaine *Ecloga privata* (encore inédite) (2) et un *Enchiridion* contenant le droit de Justinien modifié par les lois nouvelles et l'usage. Les emprunts à l'Enchiridion se reconnaissent d'ordinaire soit aux mots τοῦ αὐτοῦ (3), soit à un numérotage spécial du manuscrit (4), soit à la nature de la décision rapportée (5). L'auteur inconnu écrit probablement au XII^e^ siècle (6) dans l'Italie méridionale. Nous avons affaire à un manuel qui nous expose le droit byzantin traditionnel tel que l'appliquaient les habitants de la Calabre et de la terre d'Otrante (7). Or, au titre IV *de donationibus* on trouve juxtaposées les règles de l'*Ecloga* et celles de Justinien sur l'insinuation des donations entre-vifs (8). Et pour éviter toute méprise, l'auteur a soin de nous dire, après avoir copié l'*Ecloga* sur les donations à cause de mort, que pour de telles donations, il n'y a pas lieu à insinuer quel que soit le montant de la donation.

L'*Ecloga ad Prochiron mutata* (9) a été rédigée dans le

---

(1) Ainsi appelée par Zachariae et par lui éditée, *J. G. R.*, IV, p. 1-48.

(2) On lit *J. G. R.*, IV, p. 51 : Ecloga privata nudum edita est. Sed quum ab Ecloga Leonis et Constantini eo tantum differat, quod titulum XVI transponit et titulum II in duos titulos dividit, satis fuit hoc nostrum enchiridion cum Ecloga genuina quam dudum edidi, conferre.

(3) Ex. : I, 3; V, 9.

(4) Ex. : VI, 2, 3, 4, 5, 6, 12, 14, 15, 16.

(5) Ex. : II, 10.

(6) Zachariae a beaucoup varié sur la date de l'*Ecloga privata aucta*. Il l'a placée d'abord, V. *Prochiron Basilii*, p. LIII, à la fin du IX^e^ siècle, puis antérieurement à Basile le Macédonien, *J. G. R.*, IV, p. 4, ensuite et plus précisément sous Michel Methyste, *G. d. G. R. R.*[2], p. 13, enfin, au XII^e^ siècle, V. n. 7.

(7) *G. d. G. R. R.*[3], p. 36. Cf. dans les *Rendi conti del reale Istituto Lombardo* (1885) l'article de Zachariae sur le droit romain dans la Basse-Italie et l'école juridique de Bologne, et Brandileone : *Il diritto bizantino nell' Italia meridionale*, Bologne, 1886, p. 8 et s.

(8) L'insinuation se fait devant le *Magister census* ou le *Defensor*.

(9) Éditée par Zachariae, *J. G. R.*, P. IV, p. 51 sqq. — Une partie avait

même temps et dans le même pays que l'*Ecloga privata aucta*. Les sources en sont l'*Ecloga privata*, l'*Epanagoge*, l'*Epitome legum*, une *appendix Eclogæ* (plus étendue que celle publiée dans les Anecdota de Zachariae) comprenant les *leges rusticæ*, *navales*, *militares*, l'*Epitome* d'Athanase, l'*Ecloga legis mosaicæ* (1), les canons des apôtres. Notre ouvrage contient aussi des *loci singulares* puisés soit à des sources absolument inconnues, soit à la législation lombarde ou normande. L'auteur copiant l'*Ecloga* et le *Prochiron* ne dit rien, aux tit. V et tit. XIV, § 6, de l'insinuation sur laquelle, on sait pourquoi, ces deux manuels gardaient le silence. Mais, au tit. XXXII, 1, reproduisant, d'après Athanase (2), une décision de la Novelle 162, il en détache, pour la mettre en plein relief, la règle d'insinuation.

Le *Prochirum auctum* (3) est, comme l'exprime le titre donné au recueil par Zachariae, un Prochiron augmenté (4). L'auteur tire ses additions des Basiliques (5) et de la *Synopsis major*, de l'*Epanagoge cum scholiis*, de l'*Epitome legum*, de la πραγματεία de Michel d'Attalia (ou de la *Synopsis minor*), du *Nomocanon* de Photius, du *Syntagma* de Balsamon, de l'*Ecloga*, des Novelles impériales (6). A la suite de l'ouvrage, l'auteur a mis trente-deux *Paratitla* (7). Ont été ajoutées après coup les pièces qui suivent les *Paratitla* dans plusieurs manuscrits et notamment la Novelle d'Athanase, patriarche de 1306, qui est une constitution synodale proposée par le

---

déjà été éditée par Freher comme titres XX à XXVII de l'*Ecloga Leunclaviana*, *J. G. R.*, II, p. 114 sqq.

(1) Cette *Ecloga* se trouve dans Cotelier, *Ecclesiæ græcæ monumenta*, Paris, 1677, I, p. 1-27.

(2) V. Heimbach, *Anecdota*, I, p. 197.

(3) Edité par Zachariae, *J. G. R.*, VI.

(4) Les détails donnés au texte sont empruntés à la préface de Zachariae, et surtout au *Prochiron Basilii* édité en 1837 et aux ῥοπαὶ éditées en 1836 par le même savant.

(5) Ex. : Le tit. XXVII reproduit presque entièrement les Basiliques XXI, 1 avec les scholies. De même le Paratitlon 22 est emprunté aux Basiliques, non à la *Synopsis*.

(6) V. l'Index *J. G. R.*, VI, p. 438.

(7) Le paratitlon XXV est le traité de *creditis* que Zachariae avait déjà édité en 1841 dans les *Heidelberg. Iahrb. d. Lit.*, p. 541 sqq.

patriarche et confirmée par Andronic le Vieux (1). Le *Prochirum auctum* est donc antérieur à 1306. L'auteur, utilisant Balsamon et citant Jean Citrius, I, 28, 29, n'a pu écrire avant le début du XIII^e^ siècle, et comme il connaît, VIII, 125, une décision rendue sous le patriarche Arsénius, mort en 1266, il est clair que son ouvrage appartient à la fin du XIII^e^ siècle ou aux cinq premières années du XIV^e^. Le *Prochirum auctum* est l'effet du mouvement d'études juridiques qui suivit la restauration de l'Empire à Constantinople.

De la Novelle 50 notre auteur ne dit rien, mais, en revanche, il cite à profusion les anciennes décisions sur l'insinuation. Au tit. VII, ch. 32, nous retrouvons la décision de la Novelle 119, ch. 1, mais sans qu'ici, à la différence de la *Synopsis major*, aucune note vienne infirmer la décision du texte. La lecture du tit. XIII est plus probante encore. Les §§ 6, 7, 8 reproduisent, d'après Théophile, II, 7, 2, et l'*Epitome legum*, XXVIII, les règles établies par Justinien en matière d'insinuation et les opposent aux règles établies par ses prédécesseurs. Le § 12 rappelle, en une ligne d'ailleurs incorrecte, la Novelle 52 (2), qui dispense d'insinuation les donations faites par ou à l'Empereur. Au § 14, nouvelle mention de l'insinuation : l'auteur reproduit, d'après l'*Epitome* XXVIII, 45, la loi 25, C. V, 16, sur les donations entre époux, et la nécessité de les insinuer pour que le silence du donateur les confirme quand elles dépassent le taux.

Enfin, si nous consultons le paratitlon XXIV, qui est un petit traité des cas où un seul témoin suffit, nous retrouvons, plus explicitement rapportées, des règles déjà citées au *Prochirum auctum* XIII, 16, 12. L'auteur reproduit le ch. 61 (63), Bas. XLVII, 1 [C. J. VIII, 53 (54), 31], qui a trait aux donations insinuées. Il s'étend ensuite sur l'insinuation, énumère les donations qui en sont, exceptionnelle-

(1) V. *J. G. R.*, III, coll. V, Nov. 26, p. 628.

(2) Le texte vient de l'*Epitome* XXVIII, 17 et là aussi doit être corrigé. V. *supra*, p. 260.

ment, dispensées, et renvoie aux Basiliques, surtout au livre XLII, 1. On prend, en lisant ce *Paratitlon*, l'impression que son auteur tient pour toujours en vigueur et toujours applicables les règles justinianéennes sur l'insinuation.

XV

Harménopule est le porte-parole des juristes que j'ai rangés dans la troisième catégorie, de ceux qui, ayant surtout l'opinion des autres, ne savaient où se prendre en matière d'insinuation, et qui, en désespoir de cause, enseignaient à la fois et le droit de la Novelle de Léon et le droit du Code et des Basiliques.

Grâce à Racine, tout le monde connaît en France le nom d'Harménopule et au moins la moitié du titre donné par le juriste byzantin à son principal ouvrage. Il n'est pas inutile de savoir en outre que Harménopule vécut au XIV^e^ siècle (1), qu'il fut Nomophylax et juge suprême à Thessalonique (2), qu'il eut pour ami Philothée, patriarche de 1354 à 1355 et de 1362 à 1376, et qu'il écrivit, outre son *Promptuarium*, un *Epitome canonum* (3), un petit traité *sur la foi orthodoxe*, un autre *sur les opinions des hérétiques qui ont apparu en divers temps* (4), peut-être aussi un ouvrage sur les *officia aulae imperatoriae et magnae ecclesiae Constantinopolitanae* (5) et quelques autres pièces. Tout ce qu'on a raconté des voyages d'Harménopule en Italie, de sa mère Muzalona, de ses maîtres Philastrius et Aspasius, de son mariage avec Brienna, etc..., n'est qu'un tissu de fables inventées par le grec Nicolas Comnène Papadopoli (6).

---

(1) Il cite (V, 8, 9) la Novelle du patriarche Athanase, de 1306. De cette constitution synodale proposée par Athanase, il y a deux recensions, l'une donnée par Heimbach, *In Harm.*, p. XXII sqq., et l'autre par Zachariae, *J. G. R.*, III, p. 628 sqq.

(2) Sur les καθολικοὶ κριταὶ, v. Mgr. Petit, *Echos d'Orient*, IX (1906), p. 134 sqq.

(3) V. *J. G. R. Leunclavii*, I, p. 1 sqq., Migne, *P. G.* CL.

(4) V. Leunclavius, *J. G. R.*, I, p. 552 sqq., p. 547-552 : Ralli et Potli, V, p. 446, Migne, *P. G.* CL.

(5) V. Leunclavius, *J. G. R.*, I, p. 184-186, 304-305.

(6) Le titre de l'ouvrage de Papadopoulos, paru en 1695, à Naples, est le

Nous avons de nombreux manuscrits du *Promptuarium*. La plupart contiennent, outre le manuel avec titre, *judicum praeparatio* (1), *condemnatio adversus judices* (2), préface et appendice des quatre titres (3), un supplément plus ou moins riche dans lequel on trouve les pièces suivantes, ou seulement quelques-unes : la donation de Constantin au pape de Rome (4), trois tomes synodiques contre les séditieux avec anathèmes et la réfutation des anathèmes par le patriarche Philothée, les *Leges rusticae*, l'*Epitome canonum*, les deux écrits sur la foi et les hérésies, la *dispositio thronorum* per Leonem imperatorem, les *officia* de la Cour impériale et de la grande Eglise, l'*ordo thronorum* d'Andronic Paléologue, etc., etc... Gustave-Ernest Heimbach, dans son édition du *Promptuarium*, parue en 1851 (5 et 6), s'est borné à donner la constitution de Constantin, les trois tomes synodiques, la lettre de Philothée et les *leges rusticae*. En donnant les *leges rusticae*, Heimbach le jeune n'a fait que suivre l'exemple donné par tous les éditeurs d'Harménopule

---

suivant : *Praenotiones mystagogicae ex jure canonici, sive responsa sex in quibus una proponitur commune ecclesiae utriusque graecae et latinae suffragium*, etc... — Maurocordato, *Revue de législation*, 1846, p. 193 sqq., n'était pas éloigné de croire que Papadopoulos était véridique.

(1) Une scholie affirme qu'elle est bien d'Harménopule. Elle est d'ailleurs dans tous les *Codices*.

(2) C'est la Novelle 116 de Léon.

(3) Les plus anciens manuscrits, le Cod. Ott. 340, de 1345, et le Cod. Paris. 1360, de 1352, ne contiennent que trois titres. Mais V. Gustave Heimbach, dans la préface au *Promptuarium*, p. xvi *in fine*.

(4) V. Biener, *De collectionibus canonum ecclesiae Graecae*, Berlin, 1837, § 14, p. 72 et s. Cf. Balsamon sur Photius, IX, 1 (Ralli et Potli, I, p. 144), et Matthieu Blastarès, *Syntagma*, lettre E, 11 (Ralli et Potli, VI, p. 261).

(5) Cette édition ne doit pas faire oublier la célèbre édition de Reitz. Ce savant mourut en 1769 avant de l'avoir terminée. Son fils, Conrad Reitz, mort en 1771, et Meerman l'achevèrent. Elle parut en 1780 dans le tome VIII du *Trésor* de Meerman, p. 1 sqq.

(6) Heimbach a pu utiliser deux *Codices* que Reitz n'avait pas connus : le *Cod. Haenelianus* et le *Codex* τοῦ ἁγίου τάφου, et tirer de ces *Codices*, ainsi que du *Cod. Bodlej.* 149 des scholies nouvelles. On notera que les scholies de l'Hexabiblos sont pour la plupart, mais non toutes, d'Harménopule. Il est clair qu'on ne peut attribuer à l'auteur du Manuel celles qui déclarent un texte de ce Manuel hors d'usage ou celles qui, empruntées aux Basiliques, n'ont aucun rapport avec le texte auquel elles sont rattachées.

depuis Theod. Adamaeus. Mais tout le monde convient que ces *leges* n'ont certainement pas fait partie de l'œuvre d'Harménopule. Au contraire, on peut croire que l'*Epimetrum* (comprenant la *donatio Constantini*, les trois tomes synodiques et la lettre de Philothée) a été ajouté en deux fois par Harménopule même. Le Codex d'Ottobon de 1345 portait après l'appendice : τέλος τῆς ἑξαβίβλου. Celui du St-Sépulcre, de 1354, porte la même mention (1), mais une main nouvelle a ajouté la *donatio Constantini* et les tomes synodiques. La *refutatio* n'y est point encore. Il est clair que Harménopule l'ajouta aussitôt après l'avoir reçue de Philothée pour compléter la nouvelle édition de son ouvrage (2). Je me refuse d'ailleurs à morceler la lettre, comme l'a proposé Zachariae (3), de manière à faire de la fin de la lettre une addition confirmative d'Harménopule lui-même. La lettre est, pour un lecteur non prévenu, tout entière de Philothée (4).

Pourquoi et comment Harménopule a-t-il composé son ouvrage ?

La προθεωρία répond à cette double question. Le Prochiron de Basile était tombé entre les mains d'Harménopule. Celui-ci, en lisant la préface, s'était réjoui, par avance, de tout ce qu'il allait trouver dans le corps de l'ouvrage. Mais la déception avait été forte. L'ouvrage est incomplet. Plusieurs des matières les plus importantes sont omises ou sommairement présentées. Et alors l'idée vient à Harménopule de faire mieux en suppléant à l'ouvrage ancien, en le complétant. A cet effet, il dépouillera le *Corpus legum* (πλατὺς τῶν νόμων), les lois d'autrefois, les Novelles impériales, les Romaiques du Magister, les Eparchiques et les meilleurs manuels. De tout

---

(1) Τέλος σὺν θεῷ πάσης τῆς ἑξαβίβλου. — Le Codex du St-Sépulcre a été trouvé par Zachariae en 1838, à Constantinople : il contient, comme on sait, les livres XV-XVIII des Basiliques.

(2) Harménopule avait communiqué sa nouvelle édition au patriarche, soit pour obtenir une critique d'ami, soit pour obtenir une approbation officielle.

(3) *Kritische Iahrbücher* de Richter et Schneider, 1847, XXI, p. 638.

(4) Zachariae, pour soutenir son opinion, est obligé de corriger le texte et de lire, après les mots : ἐντάξαι συγγράμασιν, au lieu de : ἀλλ' ἐγὼ τὸ ἐλλεῖπον τῷ τοῦ φίλου συγγράμματι, les mots suivants : ἀλλ' ἐγὼ ἐν τῷ τοῦ φιλοθέου γράμματι κ. τ. λ... Cf. Heimbach l'aîné dans Ersch et Grüber, *loc. cit.*, p. 450.

cela, il extraira ce qu'il y a de plus beau et de plus utile. Un signe particulier (*signum solare*) indiquera les additions, un autre (*signum saturnimum*) le texte ancien de Basile. En tête de chaque chapitre, une note signalera les sources (1).

Tel fut le dessein. Une fois à l'œuvre, l'auteur y apporta des modifications. En réalité, il utilisa la *Synopsis major* (non les Basiliques), la *Synopsis minor*, l'*Ecloga Novellarum Leonis* et peut-être la collection même des Novelles de Léon, les Ῥοπαὶ, la Πεῖρα. Un appendice de la *Synopsis* lui a fourni des Novelles impériales jusqu'à Manuel Comnène inclusivement. L'*Epanagoge* lui a donné beaucoup de scholies et une partie du titre IV de l'appendice. Un ouvrage de Julien d'Ascalon, ou plutôt le livre du préfet portant en appendice des extraits de Julien, lui a donné les premiers paragraphes du liv. II, tit. IV, §§ 12 et s. (2). La κατάκρισις a été prise dans l'appendice de Michel d'Attalie ou dans les manuscrits du *Prochiron auctum*. Enfin Harménopule a également utilisé l'*Ecloga Leonis et Constantini* en dix-huit titres et les sentences synodales des patriarches de Constantinople (3).

Les sources pour les interpolations postérieures (4) sont à peu près celles qui ont servi à l'auteur. Ces interpolations, écrit Heimbach (5), viennent pour la plus grande partie de la *Synopsis* ou des Basiliques (6).

Revenons maintenant à l'insinuation. On connaît les déclarations d'Harménopule dans sa préface. Le Nomophylax cherchait un livre où l'on trouverait recueillies les dispositions d'une nécessité reconnue et d'un usage constant (τὰ ἀναγκαῖα καὶ χρειώδη καὶ συχνῶς ζητούμενα). Le *Prochiron Basilii* promettait d'être

---

(1) Les signes et les notes ont généralement disparu dans les manuscrits.

(2) V. Ferrini, *Gli estratti di Giuliano Ascalonita*, dans les *Rendi conti del' Istituto Lombardo*, XXV, 1902, p. 613. Cf. Brandileone, *Nuovi studi e ricerche sulla storia del diritto romano in Oriente*, 1903.

(3) D'après le *Cod. Par.* 478, quelques extraits viennent ἐκ τοῦ βιβλίου τοῦ πενάλτου.

(4) Ces interpolations sont imprimées en petites lettres par Heimbach.

(5) V. préface d'Heimbach, p. 27.

(6) Elles sont puisées aussi à d'autres sources, car le *locus* cité IV, 7, 33 et IV, 9, 31, est *lacunosus*. Or, il ne l'est pas dans les Basiliques XXVIII, 15, 1, ni dans la *Synopsis major*, II, 13, 7.

ce livre-là, mais Harménopule s'est aperçu que les objets les plus importants y ont été oubliés (τὰ τε γὰρ ἀναγκαιότερα παραλέλειπται τούτῳ). C'est pour combler les graves lacunes du Prochiron qu'il va composer l'Hexabiblos. Or, l'on n'a pas oublié que le Prochiron ne disait rien de l'insinuation. Si la règle de l'insinuation est encore en vigueur au milieu du XIV^e^ siècle, il est évident que la lacune est de conséquence et qu'il faut la combler. Que va faire Harménopule? Ouvrons le titre *de donationibus*, III, 1. Au § 16 on lit le texte suivant : « Que « toute donation simple d'argent, de meubles ou d'im- « meubes soit valable jusqu'à 500 nomismes quoique non « insinuée. Si elle est supérieure, qu'elle ne vaille pas pour « l'excédent; — Sont exceptées les donations faites par le « prince ou *pietatis causa*, ou à une fiancée. Que si, à des « époques différentes, quelqu'un a fait plusieurs donations « à la même personne : il faut admettre qu'il y a plusieurs « donations et non pas une seule qui non insinuée ne vau- « drait pas ». Ce texte est tiré de la *Synopsis major*, Δ, 41, 14 (1). On y reconnaît le pur droit des Basiliques et de Justinien. La conséquence est claire, dira-t-on. Elle le serait en effet, si Harménopule n'avait pas fait suivre immédiatement le texte qu'on vient de traduire du texte suivant : « Et « la Novelle 29 de l'empereur Léon sur les donations dit « que la donation estimée inférieure à 500 nomismes est « valable quoique non écrite si elle est corroborée par « trois témoins. Quant à celle qui dépasse les 500 nomismes, « si elle est écrite qu'elle soit inébranlable : mais s'il n'y a « pas de preuve écrite, qu'elle soit non valable pour ce qui « excède 500 nomismes même si celui qui réclame la « *res donata* la réclame avec témoins. Et c'est d'après « cette règle qu'il faut examiner si les donations sont valables « ou non ».

Ces deux textes sont contradictoires, l'un veut l'insinuation, l'autre non. Or, on ne peut pas soutenir que l'un d'eux soit une interpolation récente, comme on peut le faire pour les paragraphes suivants. C'est bien Harménopule qui a

(1) *J. G. R.*, V, p. 272.

écrit et le § 16 et le § 17. Il est impossible qu'en les écrivant il n'ait pas aperçu la contradiction. Elle saute aux yeux. Il est tout aussi impossible qu'elle n'ait pas frappé les scholiastes postérieurs. Parfois on rencontre dans l'Hexabiblos une scholie qui indique que tel paragraphe n'est plus en usage. Ainsi sur le § 20 du liv. I, tit. 13 (1), un lecteur a écrit : τοῦτο τὸ κεφάλαιον πολλοῖς καὶ ἄλλοις κεφαλαίοις συνάδον παρ' ἡμῖν οὐ κρατεῖ... C'était le cas ou jamais pour un praticien d'insérer une remarque analogue sur le § 16 ou le § 17 du liv. III, tit. I. Or nous ne trouvons pas dans les manuscrits la moindre trace de scholie. Nous sommes donc bien forcés de conclure que la contradiction était voulue et qu'elle n'a choqué personne. Et cela ne se peut expliquer que d'une seule façon : En théorie, la règle de l'insinuation subsistait, en pratique, on ne l'observait plus : à l'abri de la Novelle 50 les praticiens s'entendaient pour ne plus faire insinuer les donations. Nous savons que, du temps d'Harménopule, cette entente était déjà vieille. Le succès de l'ouvrage d'Harménopule, succès qui persiste encore alors que l'Empire d'Orient n'existe plus, prouve que cette entente a duré.

XVI

Puisque la pratique byzantine obéit à la Novelle de Léon, on doit s'attendre à ne rien trouver qui rappelle l'insinuation dans les formulaires et dans les actes des derniers siècles de l'Empire. On ne trouve rien en effet.

Ouvrons d'abord l'*Ars notaria* publiée par Sathas au tome VI de sa *Bibliotheca graeca medii ævi* (2). Les formules y sont fort anciennes, mais elles ont été retouchées sous les empereurs Jean et Manuel Comnène (1118-1180) (3). On peut donc leur demander des renseignements sur la pratique depuis le XII^e^ siècle. Or, l'*Ars notaria* contient quelques

(1) La scholie porte sur le § 20 et non sur le § 21. Il faut corriger en ce sens Heimbach, p. 162. Cf. praef., p. XVII.

(2) Venise, 1877, p. 606 sqq.

(3) Cf. H. Monnier, *Méditation*, p. 155, n. 1, et surtout la préface grecque de Sathas, p. 111 sqq.

formules de donations. Analysons la plus développée, la formule n° 2. Le donateur A déclare agir sans crainte, de son plein gré, non sans avoir mûrement réfléchi. Il donne irrévocablement à B, se souvenant de la conduite méritante de celui-ci, tel et tel immeubles situés dans telle topothésie, confrontant à un tel. Il permet au donataire d'en prendre dès aujourd'hui possession et d'y faire aussitôt tous les actes d'un maître (1), de les vendre, donner, échanger, léguer, constituer en dot, de se comporter quant à ces biens, comme les saintes et pieuses lois le commandent aux propriétaires (2) et sans que personne y puisse mettre empêchement, ni le donateur, ni ses héritiers, ni personne. Le donateur renonce à tout *jus poenitentiæ*, à toute action en révocation ou rescision. Il défendra le donataire en justice contre toute attaque, même si la loi ne lui en fait pas l'obligation. Que si le donateur agit un jour en violation de ses engagements, non seulement il sera repoussé, mais il encourra la malédiction des trois cent dix-huit pères de Nicée (3) et, à titre de *pœna*, il

---

(1) ... καὶ ἐγχωροῦμέν σοι παραλαβεῖν αὐτὸ ἀπὸ τῆς σήμερον , καὶ κτᾶσθαι αὐτὸ καὶ χρῆσθαι καὶ νέμεσθαι μετὰ παντὸς τοῦ μέρους καὶ τῶν κληρονόμων καὶ διαδόχων σου κυρίως , αὐθεντικῶς ... εἰς αἰῶνα τὸν ἅπαντα κατὰ τελείαν δεσποτείαν καὶ κυριότητα. Dans les formules de ventes immobilières, la clause est plus expressive. Ainsi on lit dans la formule 4 : ... ἀρκοῦντος σοι τοῦ παρόντος ἐγγράφου ἡμῶν καὶ ἀντὶ πρακτικῆς σωματικῆς παραδόσεως , ὡς ἂν κατέχῃς καὶ νέμῃς αὐτὸ κυρίως ... κατὰ τελείαν δεσποτείαν καὶ κυριότητα... Sur les deux clauses, voir la belle étude de Brandileone, *Traditio per cartam*, Prato, 1904, p. 7 sqq. Au demeurant ces deux clauses tiennent, l'une et l'autre, lieu de la *traditio solemnis et corporalis*, cf. Spangenberg, *op. cit.*, p. 289, 280.

(2) ... ἔχεις γὰρ πᾶσαν καὶ παντοίαν ἄδειαν εἰς τὸ πωλεῖν , δωρεῖσθαι , ἀνταλλάττειν , λεγατεύειν , προικοδοτεῖν καὶ ἄλλως ὡς δόξει σοι τὰ περὶ αὐτοῦ διοικεῖν , καθὼς οἱ θεῖοι καὶ φιλευσεβεῖς νόμοι τοῖς ἰδίοις δεσπόταις ἐν τοῖς ἑαυτῶν διακελεύονται πράγμασι... Les pieuses et divines lois visées sont les Novelles impériales qui avaient interdit aux Puissants l'acquisition des biens des Pénètes. Cela est dit nettement dans un diplôme de 1291, que cite Brandileone, p. 6, n. 1, diplôme publié par Salvatore Cusa dans les *Diplomi greci ed arabi de Sicilia*, Palerme, 1868, p. 639.

(3) C'est le nombre traditionnel. V. Nov. 131, ch. I. Cf. Zachariae, dans la *Byzantinische Zeitschrift*, II, p. 183. On s'est arrêté à ce chiffre par souvenir du récit de la Genèse, XIV, 4, où il est dit qu'Abraham, en apprenant la captivité de son frère Lot, prit 318 serviteurs nés dans sa maison et poursuivit les ennemis. La vérité est que le nombre des Pères varie avec les écrivains. Eusèbe de Césarée parle de 250, Eustathe d'Antioche de 280, saint Athanase, le pape Jules, Lucifer de Cagliari de 300 environ. Cf. Duchesne, *Histoire an-*

payera tant d'hyperpères d'or, deux tiers au donataire, et un tiers au fisc.

Dans cet Ἄκτος δωρεάς, pas un mot de l'insinuation. Dans les autres actes du formulaire, pas un mot non plus. Sur la *licentia gestis allegandi municipalibus* ou toute autre clause analogue, le silence est complet. Et ce silence est d'autant plus significatif que la clause qui permettait au donataire, porteur du titre, de requérir à lui seul l'insinuation, était très fréquente au VI^e^ siècle (1), qu'elle était d'ailleurs toute naturelle. Elle s'imposait presque aux contractants du moment que l'insinuation était nécessaire à la validité de la donation. Dans notre ancienne France, les rédacteurs de formulaires à l'usage des notaires, ne l'oubliaient pas (2). Que si on ne la retrouve plus dans les formulaires à l'usage des notaires byzantins, c'est qu'on n'insinue plus.

La même conclusion découle de la lecture des actes qu'on trouve dans le célèbre recueil de Miklosich et Müller : *Acta et Diplomata Graeca medii ævi sacra et profana* (3). Jamais le lecteur n'y rencontre la mention de l'ancienne insinuation, ni la procuration d'insinuer donnée à l'une des parties (4). Certes, le silence des *Acta* ne serait pas tout à fait démonstratif, si le recueil ne contenait que des donations faites à des églises, à des monastères. Il est possible, en effet, que

---

cienne de l'Eglise, 1907, II, p. 144, et surtout Gelzer, Hilgenfeld et Cuntz. *Patrum Nicaenorum nomina latine, graece, coptice, arabice, armeniace...*, 1898. Le chiffre de 318 est accepté dès la fin du IV^e^ siècle. Mgr. Petit, *Echos d'Orient*, III, p. 58, a versé au débat un texte de saint Basile qui avait échappé à Gelzer, texte qui « donne un témoignage en faveur des 318 Pères », datant de 362.

(1) V. Spangenberg, *op. cit.*, p. 150, 163, 193, 199, 202, 206, 210, 215, 276, 280, 285, 289, etc.

(2) V. Ferrière, *Science parfaite des notaires*, 1734, p. 384 : ... Et pour si besoin faire insinuer les présentes au greffe des insinuations ... dans les 4 mois de l'ordonnance, les parties font et constituent leur procureur, le porteur...

(3) Vol. I-VI, Vindobonae, 1860-1890.

(4) Les mots ἐμφάνεια, ἐμφανίζω se retrouvent bien, sans doute, dans les diplômes, mais pour désigner l'obligation du concessionnaire d'un privilège de montrer son titre s'il veut invoquer son privilège, c'est la *clausula di esibizione della Carta* étudiée par Brandileone, *Rivista di diritto commerciale*, 1905, p. 95-108.

l'Eglise, les établissements pieux se fussent depuis longtemps affranchis, en fait, de l'obligation d'insinuer devant les autorités civiles (1). Mais il y a aussi dans le recueil de Miklosich et Müller bien des actes, donations, ventes, etc..., passés entre simples particuliers. Pour ces actes on ne trouve pas davantage trace d'insinuation. Le fait est d'autant plus à remarquer qu'un usage plus fort que les lois, a, depuis longtemps, introduit la possibilité de transférer la propriété immobilière par la remise du titre contenant déclaration de tradition, et cela sans qu'il soit besoin de prendre les biais employés jadis : constitut possessoire, réserve d'un usufruit de quelques jours, etc. (2). La tradition de l'écrit tient lieu de tradition corporelle (3). Tel est l'aboutissant des changements opérés, au cours des siècles, dans la pratique de la tradition. Dès l'époque classique on peut décomposer l'*instrumentum traditionis* en un acte autorisant l'acquéreur à prendre possession (*instrumentum testationis vacuæ possessionis*) et en un acte subséquent de prise de possession (4). On arriva assez vite à appeler tradition l'autorisation elle-même et comme cette autorisation pouvait se donner dans l'acte qui était la *justa causa* de la tradition, par une dérivation naturelle et logique, on en vint à tenir alors la remise de l'écrit pour équivalente à la prise effective de possession.

La publicité dans les mutations immobilières disparaissait

---

(1) V. *supra*, p. 245, 252, 267, n. 2.

(2) C. Th. VIII, 12, 9; C. J. VIII, 54 (53), 28, 35, § 5.

(3) Acta IV, p. 50 : τοῦ γὰς παρόντος ἡμῶν ἐγγράφου ἀρκεῖν ὀφείλοντος τῷ μέρει τῆς μονῆς (donataire) ἀντὶ σωματικῆς παραδόσεως... Un savant byzantiniste, M. Brandileone, dans son étude sur la *traditio per cartam*, a curieusement montré que le gouvernement impérial restait, pour son compte, fidèle aux vieilles règles sur le transport de la propriété. Quand l'Empereur donne des terres domaniales, il sait distinguer l'obligation de transfert, née de la bulle impériale, et le transfert même de la propriété réalisé par *traditio corporalis*. Cf. *Acta*, VI, p. 4 sqq. Les Novelles de Manuel Comnène de 1448 et 1458 (J. G. R., III, p. 443 et 450) ont été faites précisément pour régulariser des traditions irrégulières et suppléer à des traditions omises.

(4) Cf. Brunner, *op. cit.*, p. 120 sqq.; Biermann, *Traditio ficta*, 1891, p. 19 sqq. Cf. Ferrari, *I documenti Greci medioevali di diritto privato dell' Italia meridionale*, 1910, p. 57, 96, 137, et le compte rendu détaillé de ce livre par L. Wenger dans la *Byzant. Zeitschrift*, XX, p. 242 et 253.

donc à peu près complètement, puisque cette mutation ne pouvait plus venir à la connaissance des tiers que par l'aveu des parties ou le bavardage des témoins. Il y avait là un inconvénient sur lequel l'habitude fit passer et qui, sans doute, parut aux byzantins peu de chose comparé à l'obligation de dénoncer à l'autorité les mutations à titre gratuit opérées dans leur patrimoine et d'appeler sur leurs biens l'attention inquiète et fureteuse du fisc. Que si, à l'occasion, on voulait augmenter la publicité d'un acte, lui donner plus de solennité, fournir à l'acquéreur une garantie plus forte, on faisait intervenir comme témoins souscripteurs, εἰς πλείονα ἀσφαλείαν, des fonctionnaires ecclésiastiques ou civils, les juges locaux, les τοπικοὶ ἄρχοντες (1). M. Ferrari, qui a relevé dans les *Acta* de Miklosich et Müller des exemples de tels témoins au XIII^e^ siècle, fait une juste et fine remarque : « Ad ogni modo ci pare legittimo ravvisare in questo intervento di magistrati negli atti privati una forma illanguidita di giuridizione voluntaria, degenerazione e lontana reminiscenza dell' antica *allegatio curiæ* » (2). Voilà en effet tout ce qui restait, dans la pratique d'une institution que les théoriciens tenaient pour vivante encore, et que les hommes d'affaires considéraient comme morte et bien morte.

(1) Cf. dans Zachariae, J. G. R., III, p. XIV, une constitution de dot παρ' ἡμῶν ἀρχόντων. — Voir aussi dans Trinchera, *Syllabus membranorum graecarum*, 1865, p. 27 sqq., et dans Zampelios, Ἰταλλο ελληνικὰ ἤτοι κριτικὴ πραγματεία περὶ τῶν ἐν τοῖς ἀρχείοις Νεαπόλεως ἀνεκδότων ἑλληνικῶν περγαμηνῶν, 1864, p. 96 sqq. un curieux acte de vente dressé vers 1030, et sur cet acte, Ferrari, *op. cit.*, p. 18.

(2) *Op. cit.*, p. 85.

H. Monnier,

Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux.

Du consentement du père de famille au mariage en droit classique.

I. — Dans un ouvrage récent (1), j'ai promis de montrer que le fragment célèbre où, par la voix de Marcien, les Digestes de Justinien permettent aux enfants sous puissance de forcer leur père à consentir à leur mariage est, sous sa forme actuelle, le fruit d'une interpolation. S'il est un homme envers lequel doive être tenue cette promesse faite à tous, c'est bien envers le savant qui a consacré tant d'heureux efforts à dégager de ses vêtements byzantins le torse puissant du droit classique.

La loi 19, au titre *de nuptiis*, D. (23, 2), est ainsi conçue; je m'abstiens de ponctuer, ce serait ici interpréter :

> *Marcianus libro sexto decimo institutionum. Capite trigesimo quinto legis Juliae qui liberos quos habent in potestate injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.*

Mes doutes sur l'entière authenticité de ce fragment sont nés simultanément de deux causes. D'une part, Marcien, après avoir parlé au commencement de la phrase des *liberi*

(1) *De la simple famille paternelle en droit romain*, première partie, Genève, 1910, page 87, note 52. Dans son compte rendu de la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 1911, p. 444, M. Partsch signale mon affirmation.

en général, emploie ensuite, pour indiquer ce que ces *liberi* peuvent exiger du père de famille récalcitrant, deux mots qui ne conviennent qu'aux filles ou petites-filles, les mots *collocare* et *dotare*. D'autre part, la loi 25 au Code, *de nuptiis* (5, 4), et les Institutes, au même titre (1, 10), nous apprennent que les jurisconsultes classiques étaient d'accord pour admettre le mariage de la fille du *furiosus*, tandis qu'une controverse régnait au sujet du fils (*super filio variabatur*). Il me semblait bizarre qu'à cause d'une puissance paternelle plus nominale que réelle en ce qui touchait à la personne des enfants, le fils d'un fou ne pût contracter un mariage valable, à une époque où cependant, depuis environ deux siècles, le législateur de Rome avait, selon l'affirmation des modernes, mis en main des fils de famille une arme qui leur permettait de vaincre la puissance d'un père dans la force de l'âge et jouissant de la plénitude de ses facultés mentales. Le rapprochement des textes me donnait à penser que Marcien n'avait parlé que des filles. Et c'est là le point dont je voudrais établir aujourd'hui, sinon la certitude, au moins la haute probabilité.

II. — Le texte de Marcien a été longuement commenté par ceux qui, chez les modernes, ont tenté la restitution de la loi Julia et Papia Poppaea : Jacques Godefroy (2) et Ramos del Menzano (3) au XVII^e^, Heineccius (4) au XVIII^e^ siècle. Il est curieux qu'aucun d'eux ne signale ce que la première phrase a grammaticalement de choquant. Les deux dispositions qu'elle indique, l'une sur le consentement au mariage, l'autre sur la dotation, sont toutes deux présentées comme

(2) *Fontes quatuor juris civilis*, *Genèvae*, 1653, dans la réimpression d'Otto, *Thesaurus*, 2^e^ éd., III, p. 200 ss.

(3) *Ad Leges Juliam et Papiam et quae ex libris Jurisconsultorum fragmenta ad illas inscribuntur*, *commentarii et reliquationes*, 1678 (Madrid), dans la réimpression de Meermann, *Thesaurus*, V, p. 495 s.

(4) *Ad legem Juliam et Papiam Poppaeam commentarius*, *ed. tertia auctior et emendatior*, *Genevae*, 1747 (*Opera*, VIII), p. 63-65. 95. 333-338. — J'ai consulté aussi Reiding, *diss. juridica inauguralis ad l. XIX π. de ritu nupt.*, *Franequerae*, 1747, réimprimée dans Oelrich, *Thesaurus*, vol. I, tom. II, p. 265-302.

le contenu de la loi Julia et la mention supplémentaire d'une constitution postérieure apparaît superflue :

> *Capite XXXV legis Juliae qui liberos... prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt,... coguntur,* etc.

On ne voit pas ce que la constitution des Sévère ajoute à la loi d'Auguste. Inversement, la phrase serait claire aussi, et correcte, si l'on supprimait la mention de la loi Julia ; les deux dispositions seraient attribuées à la constitution des Sévère :

> *Qui liberos... prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione divorum Severi et Antonini...: coguntur,* etc.

Or précisément, plusieurs anciens auteurs (5), conduits par des manuscrits qui ne contenaient pas les mots *capite XXXV legis Juliae*, ont fait commencer la phrase de Marcien aux mots *Qui liberos* ; tantôt ils ont supprimé la mention du chapitre 35 de la loi Julia, tantôt ils l'ont maintenue en l'incorporant à l'inscription. Et quelques-uns virent une confirmation de cette leçon dans l'embarras où se trouvait Godefroy qui, pour faire concorder le fragment de Marcien avec l'ordre des commentaires classiques sur la loi Julia et Papia Poppaea proposait de lire : *capite XV legis Juliae* ; c'est donc, pensèrent-ils, qu'il ne s'agit pas du chapitre 35 de la loi Julia, mais du chapitre 35 du livre 16 des Institutes de Marcien. Il faudrait lire :

> *Marcianus libro sexto decimo institutionum, capite trigesimo quinto ad legem Juliam* (ou *de lege Julia*). *Qui liberos,* etc.

Heineccius objecte que la Florentine écrit *legis Juliae*, et non *ad legem Juliam*, ou *de lege Julia*. L'objection n'est pas décisive : cette erreur de copie n'a rien d'invraisemblable, j'y reviendrai. Le mot *caput*, d'ailleurs, n'est pas inconnu dans ce sens. La *Collatio* se sert toujours du terme de *titulus*, et de même les compilateurs, dans leurs extraits du com-

(5) Ils sont cités par Reiding, *op. cit.*, p. 269 sqq., Heineccius, *op. cit.*, p. 63, et Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, XXV, p. 58 s.

mentaire de Gaius sur l'édit du préteur urbain, mais le terme de *caput* apparaît déjà chez Paul : *eodem capite scribit* (*Labeo*), dit-il au D. (48, 13) 11 § 3, en parlant du livre 38 des *Posteriores* de Labéon ; et les Scholies du Sinaï divisent les livres 36 et 37 d'Ulpien *ad Sabinum* en chapitres numérotés (6).

Un chapitre spécial *ad legem Juliam* n'aurait rien de surprenant dans le livre 16 des Institutes de Marcien. M. Lenel, cherchant dans sa Palingénésie sous quelle rubrique générale pouvait bien se trouver notre loi 19, en est amené à conjecturer que le livre 16 de Marcien, ou une partie de ce livre 16, avait pour objet l'*officium praesidis*. Et nous connaissons, par la *Collatio*, de nombreuses rubriques de l'ouvrage d'Ulpien, *De officio proconsulis* ; il en est une *ad legem Juliam de vi publica et privata*, une autre *ad legem Fabiam*. La rubrique complète de Marcien serait : *ad legem Juliam de maritandis ordinibus*, et le copiste aurait abrégé. L'occasion de cette rubrique a pu être la disposition de la loi Julia sur le tuteur *ad dotem dandam, dicendam promittendamve* ; nous la connaissons par Ulpien, Règles, XI 20, et nous savons que le Sénat l'étendit aux provinces, en en confiant l'application aux gouverneurs (7).

Tout cela est plausible. Il est une raison, cependant, qui doit faire douter que le chapitre 35 en question soit une subdivision des Institutes de Marcien. Les compilateurs et leurs scribes travaillaient sur les ouvrages originaux (8), et pour un ouvrage, surtout relativement élémentaire et relativement récent, tel que les Institutes de Marcien, on ne peut guère admettre qu'ils aient fait des citations de seconde main.

---

(6) §§ 22, 30, 34, 35, 40 et 43 de l'édition Krüger. Dans son *Histoire des sources du dr. rom.*, trad. Brissaud, p. 184, n. 1, M. Paul Krüger ne mentionne pas D. (48, 13) 11, 3, mais il indique par contre les Règles de Modestin et les *Fragmenta de jure fisci*, où je ne découvre aucune mention de chapitre d'ouvrage.

(7) Il ne faudrait pas, comme on l'a fait parfois, conclure des mots d'Ulpien : *ei mulieri virginive, quam ex hac ipsa lege nubere oportet*, que la loi Julia déjà ordonnait au père de marier sa fille. Ulpien parle de femmes ou filles orphelines ou ayant échappé à la puissance paternelle, et *nubere oportet* est une allusion à l'âge auquel la loi exige le mariage.

(8) Const. *Tanta*, §§ 1, 17, et Mommsen, *Z. der Sav.-St.*, XXII (1901), p. 7.

Or comment ont procédé les compilateurs? Ils ont dû marquer sur l'ouvrage même, pour les copistes, les passages que ceux-ci devaient transcrire ensuite (9). Nous n'avons aucun indice que les scribes aient noté, après le numéro du livre et le nom de l'ouvrage, en quel endroit du livre se trouvait le passage transcrit; et c'est invraisemblable, les marques faites dans l'original suffisant pour qu'on retrouvât aisément le passage en cas de revision. Si le procédé de citation détaillée par livre, titre et chapitre (ou rubrique) avait été employé, le Digeste en conserverait d'autres traces que celle-ci ; et il n'en conserve aucune, je l'ai vérifié. Seuls, les extraits du commentaire de Gaius, *ad edictum urbicum*, mentionnent les titres, et c'est pour une raison toute spéciale, l'absence d'une mention des livres.

Est-ce à dire que l'hypothèse d'un chapitre 35 du livre 16 de Marcien *ad legem Juliam* soit absolument exclue? L'affirmer serait un acte de foi dont je me sens incapable. Il se peut que le procédé de citation détaillée ait été temporairement employé sur l'ordre d'une des trois commissions, ou même d'un compilateur isolé, ou qu'un copiste habitué à ce système l'ait momentanément suivi et qu'une trace en soit demeurée ici. Aussitôt que s'était glissée entre les mots *libro XVI institutionum* et le texte la mention dont il s'agit, la confusion était facile entre le texte et l'inscription. Les irrégularités dont se rendaient coupables les copistes dans l'emploi de l'encre rouge et dont la Florentine elle-même offre de nombreux exemples (10), pouvaient même pousser à la confusion. Il suffit qu'un des manuscrits dont est issue la Florentine ait porté en rouge *Marcianus libro XVI institu-*

(9) Cf. Mommsen, *l. c.*, et C. Appleton, *La date des Digestes de Julien*, *Nouv. Revue hist.*, XIV (1910), p. 733, note. On a supposé aussi que les compilateurs dictaient. Ils n'ont certainement pas ainsi perdu leur temps. Et cette hypothèse d'une dictée n'expliquerait pas la mention exceptionnelle du numéro d'un chapitre dans notre loi 19.

(10) Mommsen, *Digesta*, I (1870), *Praefatio*, p. xxxii *sq.* : *Videntur autem librarii in miniandis legum principiis non tam exemplar secuti esse quam suum judicium et saepissime aut conjunxisse distrahenda aut distraxisse conjungenda, ut in ea quaestione ne codex quidem Florentinus auctoritatem ullam habeat totaque pendeat ex arbitrio editoris.*

tionum et en noir *capite XXXV ad legem Juliam* (ou *de lege Julia*) pour qu'un copiste intelligent ait fait commencer la phrase au mot *Capite*, en corrigeant ce qui lui semblait incorrect : *ad legem Juliam* en *legis Juliae*. Cette correction peut aussi être le fait d'un copiste subséquent. Il se peut que l'erreur date même de la confection de l'archétype des Pandectes, d'après la première copie.

On pourrait songer à tirer un argument des textes traitant de la dotation des filles par leur père. S'il était possible d'établir que l'obligation de doter a été imposée aux pères avant les Sévère, il serait naturel de la faire remonter à la législation d'Auguste sur le mariage ; et Marcien ne pourrait pas avoir dit que c'est *ex constitutione divorum Severi et Antonini* que les pères *dotare coguntur*, il faudrait maintenir dans le texte *capite XXXV legis Juliae*. On a souvent soutenu, en effet, que l'obligation légale de doter est connue de Celse et de Julien ; mais d'autres ont soutenu aussi nettement le contraire (11). En vérité, les textes s'accommodent des deux interprétations ; ils s'expliquent aussi bien par un simple devoir moral que par une obligation légale des pères (12). La discussion serait oiseuse. L'argument décisif, seule notre loi 19 pourrait le donner.

D'autre part, il faut reconnaître que la mention par Marcien du chapitre XXXV de la loi Julia *de maritandis ordinibus* n'a rien que de naturel en soi. Dans son livre XIV, D. (48, 8) 3, il écrit :

> *Ejusdem legis Corneliae de sicariis et veneficis capite quinto qui venenum necandi hominis causa fecerit... plectitur.*

C'est la même tournure de phrase que dans la loi 19, au titre *de nuptiis*. On peut s'étonner seulement que celle-ci parle de la loi Julia tout court. Mais ce sont peut-être les Digestes

---

(11) Voir Glück, *op. cit.*, XXV, p. 55 ss. ; Czyhlarz, *Das römische Dotalrecht*, p. 172.

(12) Voici la liste des textes dont on peut essayer de tirer argument, quant à l'obligation de doter avant les Sévère : Celse, D. (2, 14) 33, (23, 4) 10, (37, 6) 6 ; Javol. (Lab.) D. (23, 3) 79, 1 ; Jul. D. (23, 3) 46, 2 ; Pomp. D. (23, 4) 10 ; Marcien D. (23, 2) 19 ; C. (5, 11) 7, 2.

qui ont supprimé les mots *de maritandis ordinibus*. Ou bien Marcien se réfère à une rubrique précise de son propre ouvrage. Tel serait le cas, notamment, si ce fragment a été extrait, non du livre XVI des Institutes de Marcien, mais du livre X, comme le suppose M. Paul Krüger (13), ou des livres XI ou XII, qui traitent uniquement des lois Julia et Papia Poppaea. Et il faut reconnaître que cette hypothèse non plus n'est pas exclue.

En somme, *non liquet*. Il est improbable, il n'est pas impossible que ce qui nous reste du texte de Marcien, ce soient uniquement les mots :

> *Qui liberos quos habent in potestate injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione divorum Severi et Antonini per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere,* etc.

S'il en était ainsi, les arguments que je vais donner n'en auraient que plus de force. Mais comme il est plus probable que le texte authentique est bien celui de la Florentine et que vraiment Marcien parle ici du chapitre 35 de la loi Julia, c'est sur ce texte que je discuterai.

III. — Ce sont, ai-je dit, les mots *collocare* et *dotare* qui ont éveillé mes premiers soupçons. Que le mot *dotare* ne peut viser des descendants mâles, c'est évident. Si ce terme cependant était accolé à un terme général, on pourrait admettre que Marcien ait parlé de *dotare liberos* ; de même en français on pourrait dire que les citoyens romains étaient tenus à « marier et doter leurs enfants », bien qu'ils ne pussent doter que des filles. Mais en dehors de cette loi 19, le mot *collocare* lui-même n'est jamais employé qu'en parlant des filles. Ainsi dans les 22 fragments qu'énumère le *Vocabularium jurisprudentiae romanae* (14) et où figurent

(13) *Corpus Iuris Civilis*, ed. stereot. duodecima, Berol., 1911, p. 331 et 937.

(14) Les voici, classés dans l'ordre de nos recueils, pour en faciliter la consultation : Gai. 2, 235. 235. 238 ; Ulp. 24, 17. 18 ; Vat. 320 ; D. (3, 2) 1 ; 11, 1. 2 ; (16, 3) 27 ; (23, 2) 38, 2 ; 57 a ; 59 ; 62 pr. ; 64 pr. 2 ; 67, 1. 5 ; (32) 41, 7 ; (36, 1) 79 (77), 1 ; (46, 3) 88 ; (48, 5) 24 (23), 1.

les noms de Gaius, Callistrate, Tryphonin, Scaevola, Papinien, Paul, Ulpien et Marcien, et l'édit du préteur. Ainsi dans les Institutes (2, 20) 36, aux mots *eo amplius*, qui semblent citer Sabinus. Ainsi dans les 47 textes, sans exception, que le *Thesaurus linguae latinae*, aux mots *collocatio* et *colloco*, cite à côté des fragments du Digeste et qui nous font parcourir toute la latinité antique, de Plaute à Justinien. Bref, il n'est pas, dans toute la littérature latine, juridique ou profane, un exemple de l'application du mot *collocare* au mariage des fils, ni même des enfants sans distinction de sexe. Et cela se comprend : *collocare* enferme, au propre et au figuré, une idée de placement, de déplacement, et l'on ne place, on ne déplace en les mariant que les filles : elles étaient, suivant l'expression juridique connue, conduites dans la maison de leur mari : les hommes restent où ils sont, les fils de famille restaient chez leur père.

Marcien n'a donc pas pu écrire : *liberos... coguntur in matrimonium collocare et dotare*. Il n'a pu parler ainsi que des filles. Le terme naturel et courant, pour les fils ou les descendants en général, c'était *matrimonio* ou *nuptiis consentire* (15). Marcien aurait écrit : *nuptiis eorum consentire et filias dotare*.

La phrase finale, elle aussi, ne peut concerner que des filles :

Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.

On ne conçoit guère, sous la Rome impériale, une obligation des pères de chercher une femme à leurs fils. Cet argument est moins fort cependant que les autres, car on peut supposer à la rigueur la chute du mot *filiae*, ou que le jurisconsulte l'a laissé sous-entendu. Mais combien cette phrase devient plus naturelle si l'on admet que *collocare et dotare* ne visaient que des filles !

---

(15) Exemples : Pap. D. (23, 2) 34 pr., Ulp. D. (23, 1) 10, Herm. D. (38, 1) 48 pr.

IV. — On pourrait essayer pourtant de conserver *liberos* d'un côté, *collocare et dotare* de l'autre, et d'expliquer en même temps ce que nous avons signalé de choquant dans le texte au point de vue grammatical, en admettant que le fragment original de Marcien a été abrégé et condensé par les compilateurs. C'est ce que suppose M. Jörs (16) : « probablement, dit-il, que les compilateurs ont, par des suppressions, rendu le passage obscur ». Une première phrase aurait posé les règles de la loi Julia sur tous les descendants en puissance paternelle, sans distinction. Une seconde phrase aurait mentionné le complément apporté à la loi d'Auguste par la constitution de Sévère et Caracalla, et ce complément ne concernerait que les filles, ce qui expliquerait le choix des mots *collocare et dotare*.

J'objecte d'abord que l'innovation des Sévère a dû être l'extension aux provinces de règles qu'Auguste avait posées pour Rome. On a de nombreux exemples de ces extensions : celle bien connue relative au tuteur atilien, celle relative au tuteur *ad dotem constituendam*, qui est justement une extension de la loi *Julia de maritandis ordinibus* (17), celle qui concerne le *servus suis nummis emptus* et que Marcien mentionne au D. (40, 1) 5 pr., en termes analogues à ceux de notre loi 19 :

> *Romae quidem apud praefectum urbis, in provinciis vero apud praesides ex sacris constitutionibus divorum fratrum ;*

celle aussi qui vise l'excuse de la tutelle en vertu du *jus liberorum*, d'après Fr. Vat. 191 et 247. Or, si la constitution des Sévère a étendu aux provinces des règles appliquées jusqu'alors à Rome, la seconde partie du texte de Marcien, elle aussi, devait parler des descendants des deux sexes : et les mots *collocare et dotare* restent inexpliqués.

Mais, dira-t-on, Sévère et Caracalla ont pu faire plus

---

(16) « Die Stelle ist vermutlich durch Streichungen der Compilatoren unklar geworden ». *Ueber das Verhältniss der lex Julia de maritandis ordinibus zur lex Papia Poppaea*, Inaug.-Diss., Bonn, 1882, p. 13, n. 1.

(17) Ulp. XI, 20. Cf. D. (23, 3) 61.

qu'étendre aux provinces une règle en vigueur en Italie. Ce sont eux qui, peut-être, tout en opérant cette extension, ont introduit l'obligation de doter. La première phrase a pu dire à peu près :

> *Qui liberos... prohibuerint ducere uxores vel nubere nuptiis eorum per praetorem urbanum consentire coguntur.*

Cette hypothèse ne nous tire pas d'affaire. Suivant elle, la seconde phrase aussi devrait viser tous les enfants, et non pas seulement les filles, comme elle le fait aux mots *collocare et dotare*.

Reste une hypothèse. La première phrase seule parlait du refus de consentement du père ; elle parlait peut-être aussi de la dotation à Rome. La seconde phrase ne traitait que de la dotation, à Rome et dans les provinces, ou dans les provinces seulement. Mais alors la phrase finale : *Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit* n'est pas explicable. La place de cette glose indique que Marcien a exposé d'un trait, en une seule phrase, le droit d'Auguste et son développement postérieur, en les combinant. La seule issue serait de déclarer interpolée la glose *prohibere*. Ce serait là une affirmation arbitraire (18).

Autre observation encore : Marcien, venant de traiter, de façon précise et complète, du consentement paternel, n'aurait pas parlé de *collocare* à propos de la constitution des Sévère. Et ce n'est pas davantage du début du texte que peut être tiré le mot *collocare*, si la loi Julia visait les descendants des deux sexes.

V. — Je viens de repousser la tentative d'expliquer notre loi par une condensation que les compilateurs auraient fait subir au texte. Pour bien montrer que je ne néglige à cet égard aucune hypothèse, je crois devoir énumérer ici toutes les possibilités auxquelles on peut songer *a priori*, si l'on

---

(18) La disposition de la Nov. 115, 3, n'est pas l'indice d'un changement survenu dans les idées entre le IIIe et le VIe siècle. Sous la république déjà, on considérait comme du devoir du père et de la famille de chercher un parti pour les filles.

suppose que Marcien avait traité de la loi Julia et de la constitution postérieure en deux phrases distinctes.

Je mentionne d'abord les hypothèses qui semblent les plus admissibles au premier abord ; ce sont celles que je viens de discuter, et je n'aurai qu'à rappeler les objections que je leur ai opposées :

1re phrase. *Loi Julia.*	2e phrase. *Constitution des Sévère.*
1. Consentement à Rome.	Cons^{t} d^{s} les prov. + Dotation Rome et prov.
2. Cons^{t} Rome + Dotation Rome.	Cons^{t} d^{s} prov. + Dot. d^{s} prov.
3. Cons^{t} Rome + Dot. Rome et prov.	Cons^{t} d^{s} prov.
4. Cons^{t} Rome et prov.	Dot. Rome et prov.
5. Cons^{t} Rome et prov. + Dot. Rome.	Dot. d^{s} prov.

Les objections à ces hypothèses sont les suivantes :

1. Parlant du consentement paternel, la seconde phrase aurait dû parler, elle aussi, des fils, et Marcien n'y emploierait pas les mots *collocare et dotare*.

2. Même objection.

3. Même objection à peu près : parlant du consentement paternel, la seconde phrase aurait dû parler des fils, et on n'y lirait pas le mot *collocare*. En outre, la seconde phrase ne parlerait pas, comme elle le fait, de *dotare*.

4. Ne parlant que de la dotation, la seconde phrase ne devrait pas contenir le mot *collocare*. On ne s'expliquerait pas non plus la place de la glose *Prohibere autem*.

5. Même objection.

Deux autres hypothèses doivent être rejetées, en dehors de toute autre considération, parce qu'elles sont trop éloignées du texte :

1re phrase. *Loi Julia.*	2e phrase. *Constitution des Sévère.*
6. Dotation à Rome.	Dot. d^{s} prov. + Cons^{t} Rome et prov.
7. Dotation à Rome et d^{s} prov.	Cons^{t} Rome et prov.

Tout un groupe, enfin, d'hypothèses sont historiquement inadmissibles, parce qu'elles feraient légiférer Auguste sur les provinces avant Rome :

	1re phrase. *Loi Julia.*	2e phrase. *Constitution des Sévère.*
8.	Cons. ds prov.	Cons^{t} Rome + Dot. Rome et prov.
9.	Cons^{t} ds prov. + Dot. Rome.	Cons^{t} Rome + Dot. ds prov.
10.	Cons^{t} ds prov. + Dot. ds prov.	Cons^{t} Rome + Dot. Rome.
11.	Cons^{t} ds prov. + Dot. Rome et prov.	Cons^{t} Rome.
12.	Cons^{t} Rome + Dot. ds prov.	Cons^{t} ds prov. + Dot. Rome.
13.	Cons^{t} Rome et prov. + Dot. ds prov.	Dot. Rome.
14.	Dotation ds prov.	Cons^{t} Rome et prov. + Dot. Rome.

VI. — Il est facile d'arriver à un texte satisfaisant à tous égards si l'on admet à la fois : 1° la solution que j'ai dite la plus naturelle, selon laquelle les Sévère n'ont fait qu'étendre aux provinces des règles appliquées jusqu'alors à Rome; 2° que Marcien ne parlait que des filles et petites-filles, et non des descendants en général.

Quant au premier point, le rapport entre la loi Julia et la constitution des Sévère, il suffit d'une légère adjonction au texte, celle de la mention du préteur, pour le rendre simple et clair, tout en écartant ce que nous y avons remarqué de choquant au point de vue grammatical :

> *Capite* (ou *Ex capite* comme le suggère M. Jörs) *trigesimo quinto legis Juliae qui liberos quos habent in potestate injuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, per praetorem urbanum, vel ex constitutione divorum Severi et Antonini per proconsules praesidesque provinciarum coguntur (eos) in matrimonium collocare et dotare.*

La chute des mots *per praetorem urbanum* peut être accidentelle. Ou bien ils ont été biffés par les compilateurs, parce que l'intervention dont il s'agissait n'était plus de la compétence du préteur urbain, mais du préfet de la ville, dont la mention a été oubliée par le compilateur ou par le scribe.

La rédaction qu'on obtient ainsi est brève et complète à la fois. C'est bien celle qu'on peut attendre d'un manuel d'Institutes, même relativement détaillé tel que celui de Marcien. Heineccius remplaçait, dans sa restitution, *pro-*

consules par *praetorem*, en conjecturant une interprétation maladroite de l'abréviation PR. Mais, en considérant même, ainsi que le veulent Heineccius et l'édition Mommsen, les mots *vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini* comme une sorte de parenthèse, la correction de *proconsules* en *praetorem* n'enlève pas à la phrase ce qu'elle a de grammaticalement insolite : elle n'unit pas, comme il convient, les mots *ex constitutione* au verbe *coguntur*, mais à *dotem dare*. La phrase ainsi complétée signifie que la loi Julia oblige les pères à *collocare et dotare*, alors que, d'autre part, dans cette rédaction même, l'obligation de doter proviendrait des Sévère.

Je ne trouve donc qu'une explication acceptable, si l'on maintient dans le texte la mention de la loi Julia : le verbe *coguntur* était uni, dans l'original même, au sujet *qui prohibuerint*. Mais alors, — et c'est le second point sur lequel je corrige le texte, — Marcien, qui dit que les pères *coguntur in matrimonium collocare et dotare*, n'a pu parler que des filles. Il a dit à peu près :

> *Capite trigesimo quinto legis Juliae qui filias neptesve quas habent in potestate injuria prohibuerint nubere, vel qui dotem dare non volunt, per praetorem urbanum, vel ex constitutione divorum Severi et Antonini per proconsules praesidesque provinciarum coguntur eas in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.*

Il me reste à dire quelles autres raisons poussent à croire qu'à l'époque classique le magistrat ne contraignait pas les pères à consentir au mariage des fils.

VII. — Marier la fille contre le gré de son père, c'est enlever la fille au père ; mais c'est le sort commun des pères. Marier un fils contre le gré du père de famille, ce n'est pas seulement donner à celui-ci des petits-enfants dont il aura la charge ; cette considération n'était pas de nature à faire reculer Auguste : cela aussi est le sort commun des pères. Mais c'est d'abord introduire dans la maison une bru dont ne veut pas le chef de la famille ; est-il plus grave atteinte à son autorité ? Il est difficile de croire qu'Auguste ait ainsi

voulu porter la discorde au cœur de la maison romaine. Marier un fils contre le gré de son père, c'est ensuite fouler aux pieds le principe *nemini invito suus heres adgnascitur*. Ce principe est si puissant que les classiques mettent à son bénéfice même le fils sous puissance paternelle, quand le petit-fils veut prendre femme ou quand le père de famille adopte un petit-fils *perinde atque si ex eo filio natus esset* (19). Alors, le mariage n'est valable, l'adoption ne donne un fils au fils de famille, que si le fils de famille est consentant. Il en est autrement quand la petite-fille se marie : *auctoritas avi sufficiet* (20).

Que les classiques attachent moins d'importance au consentement du père quand c'est une fille qui se fiance ou se marie, cela résulte aussi d'autres textes. *Intellegi semper patrem filiae consentire, nisi evidenter dissentiat, Julianus scribit*, rapporte Paul, au D. (23, 1), 7 § 1, à propos des fiançailles. Cela est d'autant plus frappant que la puissance du père est plus grande sur la fille que sur le fils et que la volonté de la fille est plus facilement absorbée par la volonté paternelle : *quae patris voluntate non repugnat consentire intellegitur* (21). Les deux points de vue ne sont pas contradictoires : soumettre la fille à la volonté du père, et laisser la fille agir sans la volonté du père, c'est également traiter la fille comme une quantité négligeable.

Le cas le plus typique est celui du père fou. La constitution 25, au Code, *de nuptiis* (5, 4), et les Institutes (1, 10) pr. affirment nettement qu'on était à peu près d'accord, à l'époque classique, pour permettre le mariage à la fille du fou : *sufficere enim putaverunt si pater non contradicat*. Pour

---

(19) Mariage : D. (23, 2) 16, 1, Paul 35 *ad Ed.*; *eod.* 9 pr., Ulp. 26 *ad Sab.* Il n'y a d'exception que lorsque l'aïeul unit les enfants de deux frères : D. (23, 2) 3, Paul 1 *ad Sab.* (cf. *eod.* 67, 1). Il ne me semble pas qu'on puisse comprendre ce texte en opposant *me solo auctore* au cas normal où deux grands-pères consentent, mais cette interprétation ne serait que plus favorable à ma thèse. — Adoption : D. (1, 7) 11, Paul 4 *ad Sab.*, cf. 10, aux mots *consentiente filio*; I. (1, 11) 7.

(20) D. (23, 2) 16, 1, Paul 35 *ad Ed.*

(21) D. (23, 1) 12 pr., Ulp. *l. sing. de sponsal.* Je n'allègue pas le § 1, qui est probablement interpolé : Gradenwitz, *Interpolat.*, p. 102.

le fils, il fallut une constitution de Marc Aurèle. Et les jurisconsultes mêmes ne s'en contentèrent pas ; comme elle ne parlait que du *mente captus*, certains refusèrent de l'appliquer au *furiosus*.

Dans sa critique du livre de M. Audibert sur *La folie et la prodigalité*, M. Hugo Krüger (22) cherche à démontrer que cette affirmation de Justinien repose sur une confusion. Voici le texte :

> *In filio autem familias dubitabatur. Et Ulpianus quidem rettulit constitutionem imperatoris Marci quae non de furioso loquitur, sed generaliter de filiis mente capti, sive masculi sive feminae sint qui nuptias contrahunt, ut hoc facere possint etiam non adito principe, et aliam dubitationem ex hoc emergere, si hoc, quod in demente constitutio induxit, etiam in furiosis obtinendum est, quasi exemplo mente capti et furiosi filios adjuvante.*

Justinien aurait mal compris les mots *generaliter de filiis mente capti*. Le doute venait pour les classiques, prétend M. Krüger, de ce que la constitution parlait *generaliter de filiis*, et non spécialement des fils ; Ulpien a probablement écrit : *quae non de filio* (et non *furioso*) *loquitur, sed generaliter de filiis*. C'est donc Justinien qui oppose le *mente captus* au *furiosus* ; les classiques n'y songeaient pas. — Cette explication est insoutenable. Les anciens n'ont jamais mis en doute que les pluriels *filii*, *filiis*, ne comprissent les fils, mais seulement, parfois, qu'ils comprissent les filles, à cause des formes spéciales *filiae*, *filiabus* (23). D'ailleurs, le texte ajoute : *sive masculi sive feminae sint*, et il n'y a pas de raison de ne pas attribuer cette précision à la constitution de Marc Aurèle. Bien plus, les mots *et aliam dubitationem ex hoc emergere* dépendent, eux aussi, d'*Ulpianus rettulit*. Les auteurs de la constitution avaient sous les yeux le texte d'Ulpien ; ils n'ont pas conjecturé, ils ont lu dans Ulpien sur quoi portait le doute. Et c'est parce qu'une controverse régnait que Justinien légiféra :

---

(22) *Z. der Sav.-St.*, XIV (1893), p. 265 s.

(23) D. (38, 17) 2, 28, Ulp. 13 *ad Sab.*

His itaque dubitatis tales ambiguitates decidentes sancimus... ut non solum dementis, sed etiam furiosi liberi cujuscumque sexus possint legitimas contrahere nuptias.

M. Hugo Krüger a été conduit à son interprétation forcée par son désir de réfuter la thèse de M. Audibert sur la distinction du *furiosus* et du *mente captus*. Mais, même à son point de vue, il est allé trop loin : il lui suffisait de montrer que cette distinction n'avait pas exercé d'influence sur l'organisation de la curatelle. Il reconnaît lui-même à deux reprises (24) que « les juristes romains supposent çà et là une différence » (entre le *furiosus* et le *mente captus*). Et ce qui nous intéresse ici, c'est qu'un siècle et demi après Auguste, certains jurisconsultes utilisèrent cette distinction pour restreindre la portée d'une constitution et maintenir l'exigence du consentement paternel, quand il s'agissait du mariage des fils, et non des filles (25).

Sans doute, il y a cette différence entre le père fou et le père qu'on force à consentir, que le fou ne peut consentir, tandis que le père contraint *tamen coactus voluit*, comme le remarque Celse à propos d'un fils contraint par son père au mariage. Mais on avait plus de raisons encore de contraindre plus facilement le père sain d'esprit à consentir au mariage de la fille qu'au mariage du fils, qu'on n'avait de raisons de se passer plus facilement du consentement du père aliéné pour le mariage de la fille que pour celui du fils.

Auguste se heurtait déjà à trop de résistances pour attaquer la puissance paternelle ailleurs que sur un terrain

---

(24) P. 262, ligne 14, et 263, dernier alinea. De même un auteur recent qui adopte la thèse de M. Krüger : Carl Saas, *Die Behandlung der Geisteskranken im römischen Recht*, In.-Diss., Zürich, 1911, p. 41.

(25) Il est inutile de discuter ici les autres textes sur le mariage du fils d'un aliéné : D. (23, 2) 9 pr., Ulp. 26 *ad Sab.*, (23, 4) 8, Paul 7 *ad Sab.* La constitution réformatrice de Justinien autorise à douter de leur pureté. Il est intéressant de leur comparer D. (29, 2) 52 pr., Marcien 4 *inst.*, citant une constitution d'Antonin le Pieux sur l'adition d'hérédité par un fils de famille institué dont le père est fou. — Je renonce aussi à discuter les textes sur le père captif ou absent. Il suffit de renvoyer à l'excellente discussion du président Favre, *Jurisprud. Papin.*, 1607, tit. IX, princ. IV, ill. V. La servitude du captif, le doute sur la vie de l'absent, expliquent suffisamment les solutions des classiques, quelles qu'elles aient pu être.

facile. On a souvent cité un mot de Papinien sur la loi Julia et Papia Poppaea : *eam legis sententiam videri ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur.* Mais Papinien ne songe pas ici, D. (35, 1), 72 § 4, au consentement du père au mariage. Ce n'est que des conditions insérées dans les testaments qu'il traite. Il serait faux de prétendre qu'Auguste a supprimé tous les obstacles au mariage. Il en a maintenu : ainsi, l'interdiction du mariage entre affranchis et sénateurs.

VIII. — Pour compléter ma démonstration, je voudrais montrer pourquoi les compilateurs ont interpolé le texte classique. Je n'ai malheureusement trouvé nulle part, ni dans les textes juridiques, ni dans les papyrus, ni dans la littérature profane, les traces d'une pratique nouvelle, ni d'une intervention législative, sous le Bas-Empire. Tout ce qu'on peut dire, c'est que d'Auguste à Justinien la puissance paternelle s'était singulièrement affaiblie ; chacun sait quelles restrictions elle avait peu à peu subies, dans le domaine personnel aussi bien que patrimonial. Le changement de *filias* en *liberos*, dans la loi 19 du titre *de nuptiis*, au Digeste, a dû sembler tout naturel aux compilateurs. C'était un pendant à la constitution 25 du titre correspondant du Code, sur le père aliéné : dans les deux cas, on ajoutait le fils à la fille.

IX. — Je conclus.

Nous avons le choix entre deux restitutions.

Ou bien il faut lire :

> *Marcianus libro sexto decimo institutionum, capite trigesimo quinto, ad legem Juliam. Qui filias neptesve, quas habent in potestate, injuria prohibuerint nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione divorum Severi et Antonini per proconsules praesidesque provinciarum coguntur eas in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.*

Ou bien, plus vraisemblablement :

> *Marcianus libro sexto decimo institutionum. Capite trigesimo quinto legis Juliae qui filias neptesve quas habent in potestate*

injuria prohibuerint nubere, vel qui dotem dare non volunt, per praetorem urbanum, vel ex constitutione divorum Severi et Antonini per proconsules praesidesque provinciarum coguntur eas in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.

Ces résultats sont présentés ici comme une grande probabilité et non comme une certitude.

Paul Moriaud,
Professeur à l'Université de Genève.

De in rem actione legitima et per sponsionem

In tota vita mea, clarissime Girarde, nihil maius optatiusque mihi Deorum immortalium benignitate contigit, quam ut viri quamplurimi doctrina et ingenio praestantissimi, discipulorum et amicorum copia florentissimi, apud suos spectatissimi exteris probatissimi, omni genere laudis ut non possit ultra praediti, me omnibus istis bonis indigentem et plane pauperem in suam familiaritatem pars appetiti pars ultro admiserint, admissum foverint, amplexi sint, omnibus rebus ornaverint non quasi adseculam gloriae suae sed ut a tali consortio non prorsus abhorrentem. Ex quibus comparo tibi paucos antepono neminem. Nam, sive exploranda mihi sumo, quod sine impudentia mea fiat, tua de communi disciplina merita, quis nostra memoria Galliae honorem in hac studiorum parte te uno diligentius optimis editionibus manualibusque vindicavit atque sustinuit? quis pluribus praeivit eiusdem laudis mox futuris adsertoribus? quis copiosius disputare de rebus maximis, quae in disciplina nostra versantur, idem cautius de verbis minutissimis papyrorum vel inscriptionum nostrarum statuere consuevit? Sin his, quae summa sunt et magnum artificem requirunt, omissis ad eam descendere me iubes quae privatim mihi tecum ratio intercedit, quis te uno acceptiorem me habuit, benevolentius semper mecum egit, facilius passus est in permutandis officiis mecum ingentem iacturam quotidie se facere? Multi sunt, quorum liberalitate erubescere soleo, sed, mihi velim credas, nisi cognossem,

Lutetiam quum venirem, insignem humanitatem tuam et animi simplicitatem atque candorem incredibilem, quod veluti verae doctrinae simulacrum semidocti adsequi non possunt, foret, ut congressum tuum reformidarem, qui tantis ingenii dotibus resplendeas. Certe vix auderem hoc volumine etiam mearum lucubrationum aliquod specimen includere, nisi me recrearet atque reficeret quasi vetustate quadam corroborata amicitiae consuetudinisque nostrae lex, ut mihi quolibet munusculo tua dona rependere liceat, quum sit mihi praeterea notum, ne minima quidem a te contemni, quae modo aliquid adferant aut ad ipsius iuris Romani pleniorem notitiam aut ad rectam existimationem eorum veluti fontium, quibus cognitio veteris iuris continetur. Ergo quum proxime accepto commeatu annuo Berolinum proficiscerer stultus periculum facturus possemne discere papyrorum legendorum artem, simul sperare coepi fore, ut ex tot tantisque monumentis bonae frugis aliquid eruerem, quod me non poeniteret tibi apposuisse. Nec omnino ea fefellit spes. Licet enim praeterea insano labore quotidiano multorum mensium nihil sane profecerim, tamen quum incidissem in Latinum papyrum (*BGU* 611), quo continetur oratio Claudii de tergiversatorum poenis, nonnulla melius mihi legere vel supplere posse visus sum, quam legerant supplerantve priores. Quem quia papyrum etiam in textibus tuis exstare volnisti, futuras rebar emendatae lectionis primitias iucundas tibi. Atqui eripuit mihi munus tibi destinatum vir clarissimus, cui nihil denegare possum, Ludovicus Mitteis, in hac quidem specie vel minus, quia repugnandum erat communi generis eruditi utilitati. Itaque coactus sum aliam materiem mihi sumere, ad quam invitus veni, quia de ea tu quoque disputavisti nec possum omnino tecum sentire. Locos ex Manuali tuo non laudabo, ne lacessisse te potius, quam ornasse videar; sed non propterea te latebit sub aliorum persona tuam quoque causam agi, quem tamen spero, quae tua est humanitas, aequi bonique consulturum. Memineris peto, non me sponte propositam materiem elegisse, sed, post ereptam, quae offensionis nihil, commendationis multum, habitura erat,

in scriniis meis nullam invenisse meliorem teque digniorem. Semel venia data erunt fortasse inter plura deteriora quaedam, quae probare possis. Sed, ut aliquando ad rem ipsam veniamus, quaesiverunt multi idonei auctores, cur a praetore eo utique tempore, quo adhuc legis actiones in usu erant, sit introducta in rem actio per sponsionem praeiudicialem. Nam sic dicendum : a praetore (1) et : eo tempore, quo adhuc legis actiones in usu erant (2). Etenim poterant litigatores domi componere quamlibet sponsionem; sed in iure quae fiat sponsio, auctore praetore fiat necesse est, quocirca *in praetoriis stipulationibus si ambiguus sermo acciderit praetoris erit interpretatio : eius enim mens aestimanda est* (3), *sed et si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit iurisdictionis* (4). Et introduxerit oportet praetor in rem actionem per sponsionem, quum nondum erant legis actiones abrogatae, nam post abrogatas legis actiones et introductas formulas, naturalis quaedam proclivitas ferebat a legis actione : *Aio hunc hominem meum esse ex iure Quiritium* ad formulam : *Si paret hominem Auli Agerii esse ex iure Quiritium*, nec inter has metas consistendi locus. Manet quaestio, cur introduxerit. Sunt, qui respondeant : incommodi eius tollendi causa, quod cum legitima vindicatione coniunctum est (5), quibuscum ego facere non possum. *Si qua* enim *res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel*

---

(1) Keller, *Civilproz.*, p. 129, note 309 (=Bachofen, de Rom. iudiciis (1840), p. 33, lin. 1/2). Erraverat in ea re Stintzing post Georgium Gulielmum Wetzell, *Vindicationsprozess*, p. 74. Cf. Bethmann-Hollweg, *Civilproz.*, § 89 [2] (II, p. 234).

(2) Stintzing, *Ueber das Verhältniss der* legis actio sacramento *zu dem Verfahren durch* sponsio (1853), p. 41 sqq. Erraverat in ea re Keller.

(3) L. 9 D. 46. 5.

(4) L. 1 § 10 D. 46. 5.

(5) Schmidt, *Ztschr. der Sav.-St.*, II, p. 153 (note) : « *um..... der für beide Theile mit wesentlichen Beschwernissen verbundenen* vindicatio *des Sacramentsprozesses zu entgehen* ». Hoc fuisse causae, verisimile non videtur Fridolino, *mater. Grundlage der* exceptio (1871), p. 171, note 50 (« *die* legis actio sacramento in personam *wird wol immer noch etwas einfacher gewesen sein als die* in rem..... *Das wird aber nicht hingereicht haben, um die* sponsio[e] praeiudicialis *einzuführen* »).

adduci, salva legitima actione remedium inventum est (6). Docent alii, ideo introduxisse, ut per formulam ageretur in rem (7). Quos refutavimus supra hoc argumento : non potuisse praetorem, si quaerebat formulam, petitoriam non statim invenire. Accedit, quod non propterea per formulam litigatur, quod sponsio facta sit (8) : fit sponsio etiamsi certum sit per formulam actum non iri, quod valde foret mirum, si interponeretur sponsio, ut per formulam litigaretur. Sequens est opinio, sponsionem introductam, ut sacramentum evitaretur aut maius (9) aut minus (10), quod neutrum probo. Cur enim praetor sacramento contrarius extitisset? Atqui foret hoc dicendum, quia a praetore sponsio introducta est vel certe auctore praetore. Accedit in causa sacramenti minoris, quod non propterea sponsio denegatur, quod res maior sit mille assibus, velut *homo* (11) qui potest longe pluris esse (12) nec minori sacramento locus. Ne ii quidem verum vidisse mihi videntur, qui propterea contendunt sponsionem introductam, ut centumviralis iudicatio interciperetur (13) ; non enim propterea ad centumviros non itur, quod sponsio facta sit (14). Multo minus, quorum est sententia, postquam de possessione interdicta dari coeperint, de proprietate sponsionem inventam, ut cum eo posset in rem agi, qui interdicto obtinuisset (15), quasi vero cum possessore constituto non potuerit sacramento

---

(6) Gai. IV § 17.

(7) Hoc putant Bachofen, de Rom. iudiciis (1840), p. 31 ; Wetzell, *Vindicationsproz.* (1845), p. 73 ; Bethmann-Hollweg, *Civilprozess,* § 89 (II, p. 233/4). Similis est sententia Fridolini, *die mater. Grundl. der* exceptio (1871), p. 170.

(8) Gai. IV § 95. Reponit Eisele, *mater. Grundl.*, p. 171, non esse mirum, si propter centumvirale iudicium legis actio interponatur, quod cur non pertineat ad rem, demonstramus in textu in aliam formam argumento translato.

(9) Hoc putant Stintzing, *op. cit.* (1853), p. 70/1 ; Witte, *das* interd. uti poss. (1863), p. 36 ima (sed cf. p. 37 summa) ; Wlassak, *Prozessges.*, I (1888), p. 113.

(10) Hoc putat Karlowa, *Civilproz.* (1872), p. 99.

(11) Gai. IV § 93.

(12) Gai. IV § 11.

(13) Ea est opinio civis mei (*Abhandl.* (1885), p. 319/20).

(14) Gai. IV § 95 (cf. Dernburg, *Krit. Ztschr.*, I (1853), p. 264-269).

(15) Eo deducit rem Ubbelohde, *Serie,* etc. V, p. 632 sqq.

contendi. Quos aperte refellit Cicero (16) : *si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data ; si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret* (17) *in hereditatem* (18). Restat sententia, in qua acquiesco, Ottonis Karlowa (19), Eduardi Cuq (20), ideo introductam in rem per sponsionem actionem, ut sufficeret pronuntiare *rem actoris non esse* (21), id est, ut exstaret de proprietate iudicium simplex (22). Ita tamen potest haec sententia admitti, si tunc erat legitimum de proprietate iudicium duplex, quod quum demonstravero, erit peroratum. Ergo sunt, qui doceant in rem iudicium duplex dari non posse, propterea quod omnino sit locum habiturum possessionis qualecumque commodum (23). Errant mehercule, erunt enim paria petitoris et possessoris iura, ubi vel iudicio Dei veluti per crucem vel duellum contendetur vel inquisitione iudicis de proprietate constabit (24), nec ad rem faciet (25), utrum vice mutua detur iure constituto in rem actio an adversus possessorem dumtaxat. Proponitur praeterea iudicium duplex de proprietate servi in lege Gortynica (col. I, lin. 17-23) : ..... αἰ δέ κ' ἀνπὶ δώλωι μωλίωντι πωνίοντες Fὸν Fεκάτερος ἥμεν , αἰ μέν κα μαῖτυς ἀποπωνῆι , κατὰ τὸν μαίτυρα δικάδδεν · αἰ δέ κ' ἢ ἀνποτέροις

(16) Accus. III, 45 § 115.

(17) Cum possessoribus constitutis Minuciis.

(18) Locum exscripsi, ne esset necesse refutare Augusti Ubbelohde (*Serie*, etc. V, p. 645 sqq.) interpretationem eius.

(19) *Rechtsgesch.*, II, p. 324 (cf. *Beiträge* (1865), p. 54-56 ; Bekker, *Aktionen*, I, p. 211).

(20) *Nouv. Rev. histor.*, XVIII (1894), p. 19.

(21) Cf. l. 15 D. 44. 2.

(22) Non recte docent, introducendum fuisse simplex de proprietate iudicium propter interdicta. Quidni enim post interdicta potuit iudicio duplici confligi ?

(23) Velut Hübner, *Immobiliarproz.*, p. 160 (= Heusler, *Institutionen*, II (1886), p. 45) : « *in jedem Prozessrechte..... gilt die Rolle des Beklagten als die vortheilhaftere* ».

(24) Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte* (1872), p. 85) : « *die Inquisition hebt die* (p. 107 : *dem formalen Prozesse eigenthümliche*[*n*]) *Grundsätze der Beweisvertheilung auf* ». Idem dicere potuerat circa iudicium Dei.

(25) Facturum putat Lotmar, *zur* legis actio sacramento (1876), p. 97, nec ibi posse existere iudicium duplex de proprietate, ubi sicut Romae (*ibid.*, p. 77) non competat nisi adversus possessorem.

ἀποπωνίωντι ἢ μηδατέρῳ , τὸν δικαστὰν ὀμνύντα κρίνεν (26). Ergo variis modis potest esse iudicium duplex de proprietate nec ullum in eo possessoris commodum. Quin immo, licet principaliter non sit, potest ex accidenti fieri proprietatis iudicium duplex, sive litigantium neuter possidet sive uterque (27), modo permissum sit de proprietate agere cum non possidente et agere, licet ipse possideas. Quod apud Germanos, quia de proprietate semper agitur negativa actione (28), utrumque procedit (29), nec ibi quidquam obstat, quominus in lite proprietatis aut uterque possideat aut neuter (30). Ex diverso apud Romanos, quia de proprietate non competit negativa actio, consequens est, neque possidentem de proprietate agere posse (31) et non possidentem absolvi oportere (32). Quocirca ne ex accidenti quidem potest existere apud Romanos de proprietate iudicium duplex, et est ab iure Romano remotum id quod tradit Pothier (*Possession*, § 105) : quum de possessione apud iudicem non constiterit, constitui proprietatis iudicium, quod necessario erit duplex. Sed an apud Romanos proprietatis iudicium tunc principaliter fuerit duplex, quum ordinari adhuc solebat per contrariam vindicationem (33), quaeri potest. Stant magni utrimque auctores (34), mihi tamen ideo duplex iudicium fuisse videtur, quod non sufficiebat pronuntiare « *rem actoris non esse* », sed vel huius vel adversarii sacramentum

---

(26) Cf. *Inscr. jurid. grecq.*, I, p. 447.

(27) Non potest quidem proprie possessio duorum esse in solidum (l. 5 § 15 D. 13. 6 : l. 3 § 5 D. 41. 2 ; cf. l. 3 pr. D. 43. 17), sed facile fieri potest, ut modo hic modo ille possidere videatur, proinde possessio in incerto sit. Eam speciem intelligimus, quum dicimus utrumque possidere.

(28) Hoc demonstravimus cap. nostrarum observ. de iure Romano LXXXVIII.

(29) Ordinarium quidem est, ut, qui non possidet, agat (*Richtsteig Landr.* 26 § 3 : « *hebbe gi de were, wes clage gi denne* »).

(30) Planck, *Gerichtsverf.*, I, p. 501/2, 596-618. Cf. Brunner, *Rechtsgesch.*, II, p. 440[89] ; Laband, *Vermögensr. Klagen*, § 43 (p. 403-406).

(31) § 2 (i. f.), Inst. IV, 6 ; l. 1 § 6 D. 43. 17. Quodsi de possessione actor contendit, (*ad*) *interdictum remitten*(*dus est*) (l. 1 § 3 D. 43. 17).

(32) Debet iudex inprimis *inspic*(*ere an reus possideat* (l. 9 D. 6. 1).

(33) Remittit quidem Lotmar, ne sit iudicium duplex, ipsam contrariam vindicationem. Qua de re disputavimus cap. nostrarum observ. XCVII.

(34) Aliquot nomina dabit Keller, *Civilproz.*, note 210 (p. 68).

iustum esse (35), id est (36), rem esse vindicantis vel eius qui contra vindicet. Non est contrarium (37), quod videtur (38) suo loco mansura possessio, si neutrum sacramentum iustum pronuntiatum sit. Nam non est mansura apud eum, qui possessor in ius venerit, sed apud eum, quem praetor possessorem constituerit (39), atque praeterea interest, utrum possessio suo loco maneat lite decisa an indecisa (40). Ut sentiam, de proprietate iudicium duplex fuisse, me impellit inprimis, quod aut fallunt me omnia aut introducebatur olim (41) per vindicationem et contrariam vindicationem duellum (42), quod sui natura iudicium duplex efficit; quid enim initio fuisse potest manus illa consertio nisi verum duellum? (43) quidve similius (44) legitimae Romanorum vindicationi, quam Alemannica (45) illa contentio *inter duas genealogias de termino terrae*, nam ibi

---

(35) Cic. pro Caec. 33 § 97; de domo 29 § 78, de orat., I, 10 § 42. Cf. Keller, *Civilproz.*, note 201 (p. 61), et adversus Ludovicum Mitteis, *Privatrecht*, I, p. 30[16], observatio Fridolini, *mater. Grundl. der* exceptio (1871), p. 178/9 (adnot.).

(36) Renuit hic Demelius, *die* confessio (1880), p. 71.

(37) Contrarium esse putat Bekker, *Aktionen*, II, p. 62[18].

(38) Dissentit Lotmar, *Krit. Studien* (1878), p. 112, putatque commissum iri stipulationem *pro praede litis et vindiciarum*, quod futurum negat Wach (ad Kellerum, note 201).

(39) Gai. IV § 16.

(40) Bekker, *Recht des Besitzes* (1880), p. 254 : « *was dann die Folge haben musste, dass, wer die thatsächliche Innehabung hatte, diese zwar behielt, aber die Sicherung, die ein ihm günstiger Spruch bewirkt hätte, nicht dazu gewann* ».

(41) Diu quidem desierat, quum canebat Ennius :

> Non ex iure manu consertum, sed mage ferro
> Res repetunt.

(42) Aliquid suboluit Rudolpho Ihering, *Vorgeschichte* (1894), p. 436 : « *ich hoffe, an spaterer Stelle die Ansicht begründen zu können dass (das Prozessverfahren mittelst* sacramentum*) an die Stelle der Gottesurteile der Urzeit getreten ist* ».

(43) *Simul manu prendere* vertit quidem Gellius (XX, 10 § 7) et scribit Gaius festucam intervenire *hastae loco*, quasi *sign(um) quo(d)dam iusti dominii*. Sed videtur uterque ex coniectura magis quam ex certa et vera scientia statuere. Cf. Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, § 40 (I, p. 134).

(44) Similitudinem indicavit Siegel, *Gesch. des deutschen Gerichtsverf.*, I (1857), p. 126[11].

(45) Tit. 81 (84). Sequor textum B (ad sensum nihil interest).

quoque ex terra, de qua ambigitur, id tollitur, *quod Alemanni* « zurf » *dicunt*, id est, cespes, praesente comite eique in manu ponitur ; hic commendat cespitem *fideli manu usque ad statutum placitum*. Sic deinde legislator pergit : *tunc spondeant inter se pugnam duorum. Quando parati sunt ad pugnam, tunc ponant ipsam terram in medio et tangant ipsam cum spatis suis, cum quibus pugnare debent,..... et pugnent.* Quodsi haec vera sunt et apud priscos Romanos de proprietate iudicium duplex fuit, apparet posse sententiam admitti, quam superius rettulimus, quaeque sola videbatur nullum in se habere vitium : ideo introductam in rem per sponsionem actionem, ut exstaret de proprietate iudicium simplex, in quo sufficeret pronuntiare *rem actoris non esse*. Cui sententiae est consequens : non actori electionem tributam esse, utrum sacramento an sponsione certare mallet (46), sed possidenti pro quo sit introducta sponsio, remissam contrariam vindicationem, si sponsione pati mallet (47), modo hic caveret pro praede litis et vindiciarum (48). Accessit *propter* (49) legem Crepereiam (50), si iudicium centumvirale futurum esset, ut sponsio fieret sestertium CXXV, id est, quingentum assium ; ideo, ni fallor, quia lege Crepereia sacramenti actio denegabatur de minoribus summis, quae res non est sine exemplo (51). Putat quidem Dernburg (52), legem Crepereiam, id est, Pinariam (nam credit eandem esse nomine legis per errorem librarii leviter mutato) denegavisse centumvirale iudicium (53) de minoribus summis ; sed non observavit, centumvirale iudicium, etiamsi maxime per sponsionem

(46) Hoc putant Bachofen, de Roman. iudiciis, p. 34 (cf. p. 32/3) ; Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, § 89[7] (II, p. 235) ; Bekker, *Aktionen*, I, p. 211/2.

(47) Cf. Plaut., Menaechm., 592/3 (Hartmann, *Ueber die röm. Gerichtsverf.* (1859), p. 106).

(48) Cic. Accus. III, 45 § 115 (atque de cautionis origine Gai. IV § 94).

(49) Quasi *ex* scriptum esset, interpretatur Stintzing, *Ueber das Verhältniss*, etc., p. 72[1].

(50) Gai. IV § 95.

(51) Cf. lex repet. inscr. (lin. 2).

(52) *Ueber das Verhältniss der* hered. petitio *zu den erbschaftl. Singularklagen* (1852), p. 7[14].

(53) Statuendo (*ut*) *iudex daretur* (Gai. IV § 15).

ordinetur, tamen principaliter fieri *de..... hereditat(e)* (54), itaque potuisse quidem de parvis hereditatibus, non potuisse de summulis centumvirale iudicium denegari. Potuit denegari de summulis actio sacramenti, eo vel iustius, quod de eo, quod nobis dari oportet, etiam sine sacramento lege agere permissum erat (55). Quod perspexisse videtur Huschke, sed obscuravisse calculi errore (56), quum adnotaret (57) lege sanctum, *ne sacramentum rei, qua de ageretur, summam excederet*, nam adnotandum erat : lege sanctum, ne sacramentum *decies ductum* rei, qua de ageretur, summam (aestimationem potius) excederet, id est : ne sacramento certaretur de re quingentos asses non valente. Quod ut admittatur, longe facilius est, quam cum Fridolino Eisele (58) ut statuatur : lege Crepereia sanctum, de omni hereditate quingenario sacramento ut confligeretur, idque postea (59) translatum ad summam sponsionis (60).

Habes donum pro tua dignitate parum speciosum, pro mea paupertate amplum. Tibi vero, dulcis amice, multo maiores fructus in horrea tua cogere solito, sic pergas opto, factoque iam sexagenario, ut reliquus vitae cursus nulla re cedat ante actae. Iam diu est, ex quo desiimus sexagenarios de ponte ; quin ipsi iam octogenarii, quatenus patet disciplinarum campus, locum suum tueri solent. Quae nobis hactenus ex thesauris tuis posuisti, etsi per se spectata magna sunt, tamen pignora esse credimus eorum, quae a te etiamnunc maiora expectantur. Ea tibi foveant, prosperent, ad maturitatem perducant, etiam atque etiam omnes deos deasque oro.

---

(54) Cic. de leg. agr. II, 17 § 44.

(55) Gai. IV § 20.

(56) Similem Bethmanni Hollwegii errorem notavit Krüger, *Krit. Versuche* (1870), p. 70, note 2 (p. 71).

(57) Ad Gai. IV § 95.

(58) *Abhandl.* (1889), p. 85[23]. Praiverat Bachofen, de Roman. iudic., p. 38 (nisi quod Creperciam Cornelia lege commutat).

(59) Lege Julia iudiciaria.

(60) Nihil translatum, sed sponsionem centumviralium causarum esse sacramentum, opinio est Bethmanni Hollwegii. *Civilprozess*, § 89[15] (II, p. 232).

J.-C. Naber,
Iuris Professor in Universitate Traiectina.

Nexum

Impressioni e reminiscenze (1)

Certo non sarebbe punto a meravigliare se nell' antico diritto romano fosse stato riconosciuto un contratto di mutuo solenne, munito di forza esecutiva. Ma che tale non fosse il *nexum* sembra a me sia stato definitivamente dimostrato. La critica del Mitteis alla dottrina del Huschke, se anche non del tutto esauriente e in qualche dettaglio non accettabile, è però decisiva nella sostanza sua, e i tentativi fatti da tanti eminenti storici e giuristi, dal Bekker all' Eisele, per confutarla o paralizzarla, non sono riesciti al fine ultimo cui miravano, sebbene abbiano recato preziosi contributi alla migliore conoscenza e alla più esatta valutazione di molti problemi relativi alla storia delle obbligazioni romane.

*
* *

Una delle ragioni per cui la tesi del Huschke sembrò a me sempre sospetta, anche prima che sul tema del *nexum* si fosse avuto l' istruttivo e vivace dibattito che appena ora sembra acquietarsi, è il seguente : come mai se il *nexum* non fosse stato che un mutuo solenne munito di forza esecutiva, avrebbe potuto dare occasione a tante ire e recriminazioni ? Che i debiti si debbano puntualmente pagare

---

(1) In un altro mio scritto sul « Concetto e origini dell' *obligatio romana* ». Torino, 1912, ho cercato di riassumere fedelmente tutta la letteratura sul *nexum*, posteriore allo scritto del Mitteis, seguendo la discussione relativa nei suoi piu minuti dettagli. In queste pagine non mi propongo che di esporre la genuina impressione che ha lasciato in me lo studio di quella letteratura.

alla loro scadenza, è uno di quei concetti che per la loro stessa indispensabilità e giustizia trovansi riconosciuti presso tutti i popoli, anche primitivi. Che poi non pagando il debitore si esponga a subire l'esecuzione va da se; e l'esecuzione è quello che è presso ciascun popolo. Nell' antico diritto romano l'esecuzione era personale, e certo doveva riescire assai penosa al debitore. Ma la sua durezza, e la relativa sua penosità per il debitore, restavano pur sempre le stesse tanto se il titolo dell' esecuzione forse una sentenza quanto se forse un contratto solenne. Se il *nexum* non fosse stato che un mutuo solenne munito di forza esecutiva, esso non sarebbe probabilmente stato abolito cosi di buon ora. La sua abolizione, e le circostanze in cui avvenne, stanno piuttosto a dimostrare che doveva essere qualche cosa di più grave e diverso.

***

Anche i termini nei quali l'abolizione del *nexum* ci viene riferita stanno veramente contro la tesi del Huschke. Varrone, dopo aver spiegato in che consisteva l'antico *nexum*, soggiunge: *hoc Caio Poetelio Libone Visolo sublatum ne fieret...*; Cicerone (De rep. II, 34), dopo aver riferita la *Lex Poetelia*, soggiunge *nectierque postea desitum*; e Livio (VIII, 28): *cautumque in posterum ne necterentur*. Mi sembra che queste espressioni sarebbero del tutto improprie se la riforma della *Lex Poetelia* avesse consistito semplicemente nel privare il *nexum* (mutuo) delle sua forza esecutiva. Esse diventano invece proprie e corrette ove si ammetta avere la detta legge proibito (forse con pene?) la conclusione del *nexum*. Ma diventando cosi proprie e corrette esse vengono anche a riconfermare quella ipotesi che, in varie sfumature, era ancora dominante nella prima metà del secolo scorso, e che venne poi dai più abbandonata in seguito alla pubblicazione del libro del Huschke: l'ipotesi cioè che vede nell' antico *nexum* un negozio mediante il quale i debitori venivano a costituirsi presso i loro creditori in uno stato di dipendenza che dava ai creditori stessi il potere di maltrattarli e seviziarli, onde essi — nel racconto di Livio — si lamentavano di essere ridotti, anziche

in servitium, in ergastulum ac carneficinam. E qui non è forse fuori di luogo l'osservare che, sempre nel racconto di Livio, i debitori non tanto si lamentano delle loro posizione di *nexi*, quanto dell' abuso che di questa loro posizione facevano i creditori. Noi non siamo, dicevano essi, condotti al servizio dei nostri creditori (il che dunque pare che sarebbe stato da loro tollerato), ma siamo tratti da essi *in carcerem, in carneficinam.* Era dunque di uno *stato di fatto* che i debitori si lamentavano, e di uno stato di fatto che si verificava durante la pendenza del debito loro.

⁂

Di ciò si ha una riprova nel passo di Livio (VIII, 28, 9) nel quale l'abolizione del *nexum* viene qualificata *initium aliud libertatis*, giacchè non è forse azzardato supporre che con questa concettosa frase Livio intendesse contrapporre le posizione in cui i plebei debitori si trovavano prima e dopo la *Lex Poetelia.* Anche prima di questa legge essi erano liberi *de jure*; ma non lo erano guari *de facto.* Dopo le *Lex Poetelia* lo furono anche *de facto*, in quanto non fu piu loro permesso di darsi nel potere dei creditori : in questo senso Livio parla di *initium aliud libertatis.* Livio osserva anche che la *Lex Poetelia* diede un grave colpo al credito, volendo con ciò significare che dovette, dopo di essa, essere assai piu difficile trovare denaro a credito. Ora anche da ciò sembra risultare che la *Lex Poetelia* non potè avere soltanto disposto che il mutuo solenne *per aes et libram* non avesse più effetto esecutivo, ma che dovette piuttosto proibire un negozio col quale il debitore si costituiva in potere del creditore, a sua garanzia, per ottenerne il credito.

⁂

La *Lex Poetelia* proibì il *nexum* del debitore e stabilì che « *pecuniae creditae bona non corpus obnoxium esset.* Per potere conciliare questo passo colla dottrina del Huschke occorre far dire a Livio avere la *Lex Poetelia* abolito l'esecuzione personale, e così infatti da più di uno scrittore

è stato e viene tuttora interpretato il relativo passo. Ma a questa interpretazione ostano in modo decisivo i numerosi testi dai quali risulta che l'esecuzione personale continuò ad essere praticata per lungo tempo ancora dopo la *Lex Poetelia* (1), mentre le origini delle esecuzione patrimoniale sono tuttora avvolte nelle più densa oscurità. Molto probabile è pertanto che la *Lex Poetelia* nulla avesse a che vedere colla esecuzione patrimoniale, ma che fosse invece intesa a sopprimere soltanto il *nexum* di persona libera, il negozio cioè col quale un debitore (o altri per lui) si costituiva come *nexus* presso il creditore (2), concedendo solo, per l'avvenire, che questo medesimo negozio lo si compiesse in riguardo alle cose del debitore.

Questa supposizione trova conforto anche in un altra considerazione. La *Lex Poetelia* stabilì, secondo la testimonianza di Livio, « *ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur*. Essa ammetteva dunque che, in un certo caso eccezionale, una persona libera potesse venir ridotta in quella condizione dalle quale volle per sempre liberare gli altri debitori. Vien naturale di pensare ai delitti dei *filii familias* e alla relativa *noxae deditio*. Ed ecco che si presenta il probleme del rapporto fra la *noxae deditio* e il *nexum*. E' ben noto che i romani facevano derivare da parola *noxa* da *nocere*, e che la intendevano, per regola, nel senso di *danno* o *colpa*. Festo però (p. 174) e Servio (Ad Aenead. I, 41) la intendevano nel senso di punizione, appoggiandosi, a quanto pare, alle espressioni, frequenti nelle fonti, di *noxae dedere*, *noxam merere*, *noxa solutus* e simili (3). Io non sono in grado di esprimere una opinione sulle più retta etimologia delle parola *noxa* : osservo solo che la derivazione di *noxa* da *nectere* potrebbe forse trovare un appoggiò nella parola *obnoxius* che trovasi usata nei testi come equivalente di *obligatus*. Ma, a parte l'etimo-

---

(1) Cfr. Kleineidam, *Beiträge zur Kenntnis der* Lex Poetelia, nella Festgabe für Felix Dahn. Breslau, 1905, pagg. 1 e segg.

(2) In questo senso egregiamente, V. Puntschart, *Die moderne Teorie des Privatrechts*, pp. 220-224.

(3) Roby, *A full commentary on one title (de usufructu)*. Cambridge, 1884, p. 132-136 e *Roman Private Law*, II, p. 252 n. 1.

logia, già da altri (Huvelin), assai acutamente è stato rilevato il rapporto in cui il *nexum* sta colla *noxae deditio*. Il *nexum* non fu forse che una applicazione della *noxae deditio* ai debiti sorti da mutuo. Abolita, in questa sua convenzionale applicazione, dalla *Lex Poetelia*, la *noxae deditio* venne tuttavia conservata in quella sua originaria ai debiti sorgenti da delitto. Studiando pertanto la posizione giuridica dell' originario *noxae deditus* si può forse avere qualche luce per chiarire la situazione del l' originario *nexus*. Ora il libero, *noxae deditus*, cadeva, nel diritto classico, nella *causa mancipii* per cui sembrerebbe che anche all' antico *nexus* dovesse attagliarsi questa qualifica. A meglio vedere però non è facile persuadosi che la figura giuridica del *mancipii causa* sia originaria, per cui la illazione cade. Come nei rapporti internazionali così anche in quelli privati il potere sul *noxae deditus* era forse in origine un *potere di fatto*. E un potere solo *di fatto* doveva pure essere — se fondamento ha il ravvicinamento tentato fra *nexum* e *noxae deditio* — quello che il creditore acquistava sul debitore che gli si fosse dato *in nexum*.

***

Ritornando, per un momento ancora, alla dottrina del Huschke giova qui rilevare come essa presupponga la sopravvivenza del *nexum* alla *Lex Poetelia*. Questa legge avrebbe tolta al *nexum* l' esecutorietà, ma non lo avrebbe del tutto soppresso. Il *nexum* avrebbe quindi continuato al esitere, e solo in seguito sarebbe cadato in disuso. In riguardo a questo punto è degno di nota come lo stesso Mitteis si avvicini al Huschke in quanto sostiene che la *Lex Poetelia* aboli il *nexum* autopignoramento ma lasciò sussistere ancora il *nexum*-mutuo obbligatorio. Non entrerò quì nella discussione di questa parte della dottrina del Mitteis che è la più debole e contrastata. Ma pure non potendo spingermi tanto oltre quanto l' Eisele che, quasi quasi, si sentirebbe di negare fede ai testi che eventualmente la sorreggessero espressamente, trovo naturale che di tali testi non ve ne siano, perchè non mi sembra facile ammettere che, con una sola parola, si potessero

indicare due negozi così diversi quali sarebbero stati il *nexum*-mutuo e il *nexum*-autopignoramente. Per il Mitteis invece il *nexum*-mutuo avrebbe esistito fin dalle origini, e non essendo stato toccato dalla *Lex Poetelia* sarebbe anche ad essa sopravvisinto. Il Mitteis (1), osserva che sarebbe ben strano che Q. Mucio e le fonti di Festo ricordassero ancora (come pur gli sembra che ricordino) il mutuo *per aes et libram* qualore questo non avesse sopravvissuto alla *Lex Poetelia*, giacchè sarebbe altrimenti poco probabile che si ricordasse ancora un istituto che da secoli era caduto in disuso. Io osservo però anzitutto che la data della *Lex Poetelia* è tutt' altro che certa, e che altri esempi di istituti ricordati per secoli dopo la loro abolizione non mancano, e che del *nexum* ben più facile era che si conservasse a lungo memoria per la connessione in cui esso si trovava colle lotte fra plebei e patrizi. Ma, a parte queste osservazioni, è poi proprio certo che in Varrone (l. l. VII, 105) e in Festo (s. v. *nexum aes*) sia conservata memoria del *nexum*, come mutuo obbligatorio *per aes et libram*? Ne dubito fortemente, e, nel silenzio delle fonti, sembra a me si possa proporre una ben più semplice spiegazione delle non sopravvivenza del *nexum-mutuo* alle *Lex Poetelia*. Il *nexum*-mutuo non ha forse sopravvissuto a questa legge per la semplice ragione... che non ha ad essa preesistito. E, se fosse lecito un giuoco di parole, io direi di più ancora: che cioè non ha preesistito perchè non ha sopravvissuto, perchè, se avesse preesistito, avrebbe anche certamente sopravvissuto e sarebbe diventato una forma generale astratta di costituzione delle obbligazioni, come la *mancipatio*-vendita divenne una forma generale astratta di alienazione delle proprietà delle *res mancipi*. Io inclino insomma a credere che il *nexum per aes et libram*, come contratto solenne di mutuo, non abbia mai esistito, nè prima nè dopo la *Lex Poetelia*: il *per aes et libram agere* serviva forse in origine soltanto a pesare e a garantire pubblicamente il peso e in seguito la qualità del denaro che veniva, o contemporaneamente o successivamente, data a mutuo.

(1) *Röm. Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, pag. 261.

Ma se il *nexum* non era un mutuo e se conseguentemente il *nexus* non era un semplice debitore *ex mutuo* che cosa era esso mai? Da qualcuno si è pensato a parificare la condizione del *nexus* a quelle di una cosa mancipata *fiduciae causa* (Brinz. Schlossmann) : da altri si è pensato ad assimilare il *nexus* al *mancipii causa* (Mommsen). Ma queste due ipotesi hanno, a mio avviso, il torto di presupporre già esistenti nel più antico diritto romano due istituti la cui elaborazione giuridica non ha carattere arcaico. Esse hanno poi anche, il torto di *identificare* il *nexum* col *mancipium* contro la testimonianza di quegli antichi giuristi che — certo riproducendo una dottrina risalente — li tenevano separati e distinti.

***

Recentemente il Marchi (1) ha sostenuto che nella situazione giuridica del *nexus* si sarebbe avuta una evoluzione. Il *nexus* sarebbe sempre stato, nelle origini, un *filius familias* del debitore che da questi veniva trasferito a scopo di garanzia del suo debito *in causa mancipii* : in seguito il creditore avrebbe concesso che la persona datagli come *nexus* restasse, pendente il debito, presso il debitore salvo a essere ripreso alle scadenza ove il debito non venisse pagato. Avvenuta poi questa trasformazione il debitore avrebbe potuto dare *in nexum* anche se stesso, costituendosi *in mancipii causa* per il caso che alla scadenza si rendesse inadempiente. E' una ipotesi ingegnosa ; ma presuppone anche essa che già in epoca antichissima si fossero elaborati i concetti della *mancipii causa*, e delle *fiducia*, il che semba a me assai poco verosimile. I testi, del resto, per quello che valgono, stanno piuttosto a favore di una ipotesi più semplice assai.

Secondo questa ipotesi il *nexus* non era in origine che un *nexus*, una persona cioè tenuta in vincoli dal suo creditore finchè pagasse un debito verso di lui contratto. Più tardi, al concetto di puro e semplice vincolo o prigionia, subentrò quello di un servizio sotto la sorveglianza e custodia del

(1) *Storia e concetto dell' obbligazione romana*, pagg. 60 e segg.

creditore. Di *servitium* perla appunto, come già abbiamo visto, Livio, e l'essere *in servitio* veniva contrapporto al esser *servus*, presso a poco come, nella terminologia ben più raffinata del diritto classico, l' essere *in possessione* vien contrapporto all' essere *possessor*. Il *nexus* era dunque un uomo libero di diritto, ma schiavo di fatto, in quanto aveva dato le sue *operae... in servitutem* (Pflüger). *Opera* significa in latino « *giornata di lavoro* », e questo significato si conserva intatto nel linguaggio agricolo della Romagna, della Toscana e certo anche di altre regioni d' Italia. Il *nexus* era dunque una persona libera che *andava a opera* presso il suo creditore fino all' estinzione del suo debito. Supposto anche che di queste *operae* si potesse fare lo scomputo sul debito, certo è che si è qui di fronte ad una pratica usuraria della quale non sarebbe difficile trovare riscontri anche nella vita nostra moderna. Si comprende infatti come — data la possibilita di una simile operazione — solo a questa, o quasi, tendessero ad attenersi i capitalisti dell' antica Roma. Naturalmente ben può essere che i patti non forsero sempre gli stessi, ma la sostanza del rapporto restava in massima inalterata. Non si trattava gia di una specie di *fiducia*, ma piuttosto di una specie di pegno di persona libera a garanzia di un debito che si presuppone indipendentemente costituito e che, del resto, veniva anche indipendentemente estinto col pagamento, mentre per porre fine allo stato di *nexus* occorreva la *solutio per aes et libram* (Livio 6. 14. 5). Questa ipotesi che fa del *nexum* un pegno di *persona libera* è poi confortata anche dalla spiegazione che Varrone da della parola *nexum*: *... nam id est quod obligatur per aes et libram neque suum fit, inde nexum dictum*, che, a mio avviso, vanno cosi intese: il *nexus* è colui che si obbliga *per aes et libram* senza cadere in proprieta (del creditore), onde appunto vien detto *nexus*: e trova infine una conferma in qualche testo che accenna al pegno di persona libera abolito dalle *Lex Poetelia*:

C. 6 Cod. 8. 16.

Qui filios vestros vel liberos homines pro pecunia, quam vobis credebat, pignoris titulo accepit, dissimulatione iuris

se circumvenit, cum sit manifestum obligationem pignoris non consistere nisi in his, quae quis de bonis suis facit obnoxia.

***

Alla interpretazione dell' antico *nexum* qui da noi accolta sembrano tuttavia ostare due passi fondamentali : Varrone de l. l. VII 105 e Gaio III 173. Nel testo di Varrone infatti il *nexum*, come fonte di *obligatio*, viene contrapposto al *mancipium*, come forma di trasferimento della proprietà; ed è noto come specialmente su questo contrapposto si sieno fondati i piu recenti difensori della dottrina del Huschke (Bekker, Kübler, Senn, etc.). Ma, a me sembra che si sia qui di fronte ad un equivoco verbale, in quanto all' espressione *ut obligentur* del testo varroniano si attribuisce il significato che essa ha nel diritto classico e moderno invece di quello che è il suo originerio, e in quanto si fa combaciare il contrapposto illustrato da Varrone fra negozio contratto allo scopo di creare un' *obligatio* e negozio contratto allo scopo di trasferire il dominio, col contrapposto, a mio avviso non originario, fra diritto reale e diritto personale. Ma il vero è che nel testo di Varrone il verbo *obligari* è usato nel senso arcaico di legare, *nectere*, e che il contrapposto in esso accentuato non è fra le due categorie dei c. d. diritti reali e personali, bensi fra il *diritto di proprieta e il primitivo diritto di pegno*. Il *nexum*, come sottospecie del *per aes et libram agere*, era dunque il negozio col quale si vincolava una persona libera, o una cosa, a scopo di garanzia, senza peraltro alienarla, ma solo trasferendola di fatto in potere del creditore.

Il passo delle istituzione di Gaio (III, 173), dove si tratta della *solutio per aes et libram*, costituisce il fulcro centrale delle teoria del Huschke. In esso infatti si parla di una *solutio per aes et libram imaginaria*, adibita come modo solenne di estinzione di certe categorie di obbligazioni, *veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex judicati causa debeatur*. Bisogna riconoscere che vien fatto naturalmente di pensare che, colle parole *si quid... gestum sit*, Gaio potesse riferirsi al *nexum* obbligatario : ma forse ciò

dipende da un' abitudine mentale precostituita, dall' ammettere cioè che si fà, indipendentemente la ogni sicura prova, che un tale *nexum* obbligatorio sia stato veramente praticato. Ma a ben vedere nulla ci costringe a riferire le parole di Gaio piuttosto ad una che ad un' altra categoria di obbligazioni sorgenti da un negozio *per aes et libram*. E non sorgeva forse un *debitum* dalla *mancipatio* stessa in caso di evizione? Si è controreplicato, è vero, che, in caso di evizione, l'obbligo del mancipante non era tanto fondato sulla *mancipatio* stessa, quanto sul delitto costituito dal fatto del mancipante di aver mancipato una cosa altrui (Girard, Senn, Huvelin). Ma questa controreplica mi sembra però più sottile che vera. Anche si è pensato all' obbligazione imposta all' erede mediante *legatum per damnationem*, eretto in un testamento *per aes et libram*, e l' ipotesi può reggere, malgrado la controobbiezione sollevata dell' Eisele : che il *legatum per damnationem* non veniva necessariamente eretto nel testamento *per aes et libram*. Non basta infatti che potesse in esso veniva eretto, e che anzi, per regola, venisse in esso eretto? Degno di nota è poi il falto che Gaio parla in tempo presente il che presupporebbe — accogliendo la interpretazione da noi quì combattuta — che ancora ai suoi tempi fosse possibile un mutuo *per aes et libram*, mentre, posto anche che un tal mutuo avesce esistito nell' antico diritto e dopo la *Lex Poetelia*, certo esso era da lungo tempo caduto in disuso già sulle fine della repubblica. Certo, in tanta penuria di dati, si possono escogitare combinazioni ingegnose per dare qualche apparenza di vero a qualsiasi ipotesi che non sia per se stessa inammissibile ; ma non bisogna dimenticare che qualche volta la ricerca più viene sottilmente approfondita e più si intorbida (1). A me sembra, del resto, che la esistenza, nel diritto classico, di una *solutio per aes et libram imaginaria* la si possa egregiamente spiegare anche senza ammettere (come da tanti si è fatto per la fallace influenza della cosi detta teoria del *contrarius actus*) che vi sia

(1) Cfr. peraltro in proposito Eisele, *Zum Streit um das Nexum*. Studien zur römischen Rechtsgeschichte. Tubrugen, 1912, pagg. 22 e segg.

stato nelle origini un *nexum*-mutuo obbligatorio. La *solutio per aes et libram* serviva, in origine, a porre fine al *nexum*, inteso come atto costitutivo di pegno, mentre il debito di denaro che col pegno stesso veniva garantito lo si estingueva pagando (Livio VI. 15, 5). Quando, nell' epoca classica, l' elemento *debitum* e l' elemento *obligatio* vennero insieme fusi nell' istituto complesso dell' obbligazione, la *solutio per aes et libram* potè venir adibita come forma solenne e formale di estinzione di certe obbligazioni per le quali poteva prescindersi da un effettivo pagamento.

*
* *

Che dovra infine dirsi del passo di Festo : *nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia quae per nexum obligatur*? Il Marchi, nel suo recentissimo studio già sopra citato, ritiene che nell' antico diritto vi fossero due specie di *nexum*, l'uno avente per oggetto la persona del debitore, l'altro avente per oggetto una somma di denaro. Il *nexum aes* di cui Festo, nel passo testè trascritto, riferisce l'antica definizione avrebbe servito a costituire un vincolo di garanzia su di una somma di denaro. Esso avrebbe assicurata « l'esecuzione di un dovere garantendo al creditore una somma di denaro in caso che il dovere non fosse adempiuto ». Questa ipotesi può invocare a proprio sostegno la lettera del testo di Festo. Ma non sono pochi i dubbi cui lascia adito. Non è facile invero concepire, come pratico, un pegno avente per oggetto una somma di denaro, e lo stesso Marchi riconosce che questa forma di pegno dovette essere presto abbandonata. Ma egli ritiene che anche quì si sia avuta, come nel pegno di persona libera, una evoluzione storica : da prime il debitore avrebbe effettivamente dato in pegno la somma di denaro ; in seguito l' avrebbe trattenuta presso di se a titolo di mutuo dal suo creditore. Il diritto di pegno dell' originario creditore si sarebbe cosi ridotto ad una semplice ragione di credito... e il rapporto avrebbe avuta la funzione di una clausola penale.

Ho già detto che questa teoria del Marchi ha per se la lettera del testo di Festo ; ma per il rimanente è del tutto conget-

turale. Io pure ho ammesso aver soprovvissuto alla *Lex Poetelia* un *nexum* dei *bona debitoris*, e quindi, a stretto rigore, non avrei ragione di oppormi alla ipotesi del Marchi circa la possibilità di un *nexum* avente per oggetto una somma di denaro. Ma quello che mi sembre inaccettabile è la trasformazione di questo *nexum* in mutuo, sià perchè di tale trasformazione non trovo alcun cenno nei testi, e sia perchè essa presupporrebbe l'esistenza, nel diritto romano dell' epoca storica, di un mutuo fittizio del quale non ci è conservata, che io sappia, alcun altro caso di applicazione. Infine è fuori di dubbio che, cosi trasformato, il *nexum aes* non sarebbe più stato un *nexum*, sicchè verrebbe anche distrutto quel parallelismo fra il *nexum* di persona libera, abolito dalla *Lex Poetelia*, e il *nexum* di denaro a questa legge sopravvissuto, parallelismo al quale il Marchi attribuisse valore fondamentale. Nè mi sembra che, a togliere valore a questa obbiezione, possa bastare l'osservare, come fa il Marchi, che la diversita di effetti nei due casi era una conseguenza della diversita di oggetto.

G. Pacchioni,
Professore nella R. Università di Torino.

La nuda proprietà nella dottrina dei legati

1. Il testatore può fare oggetto di legato, tanto l' usufrutto di una cosa, quanto la proprietà di essa dedotto l' usufrutto (*nuda proprietas*; *proprietas* (1), in un senso specifico). I casi più semplici, i quali non danno luogo ad osservazione da parte nostra, sono : *a.* che avendo già il testatore, o la persona gravata del legato, la nuda proprietà, questa sia fatta oggetto del lascito, o a favore di un terzo, o a favore dell' usufruttuario stesso (2) : *b.* che il testatore abbia legato ad uno l'usufrutto, e ad un' altro la nuda proprietà (3). Ri-

(1) Cfr. i passi nel lessico Heumann-Seckel v. *proprietas*. In modo corrispondente, le fonti indicano con le espressioni *dominus proprietatis*, *proprietarius* l' investito della nuda proprietà; il quale, in effetto, non cessa per il distacco dell' usufrutto di essere proprietario.

(2) fr. 57 D. de usu fructu 7. 1; fr. 74 D. de leg. III. Nel diritto classico, se tale legato era fatto sine condicione con la forma per vindicationem, la nuda proprietà passava immediatamente al legatario al momento dell' adizione dell' eredità, senza dar luogo a confusione con l'usufrutto, che fosse esistito nel patrimonio dell' erede. A questo caso, come hanno visto anche gli antichi (Pothier *Pandectae* 30-32 n^os^ 290-292) si riferiva il fr. 4 D. de usu et usu fructu leg. 33. 2 di Ulpiano : « Si pure proprietas (*per vindicationem*) legata erit, ea ad legatarium perveniet, quamvis fructuarius heres sit institutus ». Il dominus proprietatis può anche : 1. fare oggetto di legato l' usufrutto, per quando il medesimo verrà a riunirsi alla nuda proprietà fr. 72 D. de usu fructu 7. 1); 2. fare oggetto di legato il pieno dominio della cosa: se ha istituito erede l'usufruttuario (fr. 26 D. de leg. II ; fr. 76 § 2 D. eod.: fr. 6 D. de manum. test. 40. 4). — Non vi è la possibilità che l'investito di un usufrutto lo faccia oggetto di legato; *nisi*, è detto nel fr. 24 § 1 D. de leg. I, *postea proprietatem rei nactus sim* : le quali parole sono probabilmente interpolate.

(3) § 1 in fine Inst. de usu fructu 2. 4; fr. 33 pr. D. de usu fructu 7. 1; fr. 3 § 2; fr. 4; fr. 6 § 1 e fr. 9 D. de usu fructu adcr. 7. 2; fr. 17 D. quib.

mangono i casi che il testatore, essendo pieno proprietario della cosa (o tale essendo colui, a quo legatur) ordini un legato di nuda proprietà, oppure un legato d' usufrutto ; e a questi casi particolarmente sono rivolte le pagine presenti — La cost. 14 C. de usu fructu 3. 33, una delle *Quinquaginta Decisiones* (4) ci informa che intorno al primo di essi esisteva una controversia tra i classici ; della quale però, nè da Giustiniano, nè dai moderni si indica il vero fondamento :

Iustinianus A. *Iuliano P. P.* : « Antiquitas dubitabat, si quis fundum vel aliam rem cuidam testamento reliquerit, quatenus usus fructus apud heredem maneat (5), si huiusmodi constat legatum. § 1. Et cum quidam inutile legatum esse existimabant, quia usus fructus numquam ad suam redit proprietatem, sed semper apud heredem remanet, et forsitan hoc existimabant, quia et secundus heres et deinceps successores unus esse videntur et non potest huiusmodi usus fructus secundum veterem distinctionem solitis modis extingui, alii autem huiusmodi legatum non esse respuendum existimaverunt : tales altercationes decidentes censemus et huiusmodi legatum firmum esse et talem usum fructum una cum herede finiri et illo moriente vel aliis legitimis modis cum amittente expirare. Quare enim iste usus fructus sibi tale vindicat privilegium, ut generali interemptione usus fructus ipse solus excipiatur? quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. § 2.

---

mod. usus fructus amitt. 7. 4 ; fr. 4 D. si usus fructus pet. 7. 6 : Vat. Fragm. c. 83. Cfr. anche fr. 19 D. de usu et usu fructu 33. 2 ; fr. 9 D. si cui plus leg. esse dicetur 35. 3 : fr. 1 § 17 D. ut legat. 36. 3. Un caso speciale è quello che un testatore, dopo aver legato l' usufrutto ad uno puramente e semplicemente, lasci al medesimo anche la nuda proprietà sub condicione : fr. 14 D. de reb. dubiis 34. 5 ; c. 4 C. quando dies leg. cedit 6. 53 ; fr. 3 § 3 D. usus fr. quemadm. cav. 7. 9 (cfr. fr. 9 § 2 D. eod.).

(4) Di Marzo *Quinquaginta Decisiones*, Palermo 1900, pag. 12, pag. 37.

(5) L' espressione significa che il legato, essendo la cosa del testatore, venne fatto « in modo, che all' erede rimanesse l'usufrutto » (Glück *Comm. alle Pand.* 7. 1 pag. 288 § 637 *c* alla nota 100) ; ossia senza che vi si accompagnasse un secondo legato, avente per oggetto l'usufrutto. Essa corrisponde appunto a quella *ut apud heredem usus fructus maneat*, che si legge nel fr. 6 pr. D. de usu fructu 7. 1. In senso diverso (se intendo bene) si esprime il Perozzi *Istituzioni* 1 pag. 501-502.

Et propter hoc et usum fructum finiri et ad proprietatem suam redire et utile esse legatum sancientes huiusmodi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delevimus ».

La questione esistente tra i classici riguardava il legato di nuda proprietà, ordinato con una certa forma. Quando il detto legato è ordinato per damnationem, non può esser dubbio che l' atto implichi deduzione dell' usufrutto a vantaggio della persona, a cui il legato viene imposto. A un legato della nuda proprietà per damnationem si riferiscono, come vedremo fra poco, il fr. 36 § 1 D. de usu fructu 7. 1 (Africano), il fr. 66 § 7 D. de leg. II (Papiniano) e il fr. 26 pr. D. de usu et usu fructu leg. 33. 2 (Paolo); e tutto fa credere che questi frammenti siano estranei alla questione. Ma se il medesimo legato della nuda proprietà viene ordinato per vindicationem, v' è luogo a dubitare della validità dell' atto, perchè non si sa precisamente a quale soggetto riferire la costituzione dell' usufrutto; e il dubbio che il testatore volesse ordinarla a vantaggio di un terzo, invece che dell' erede, è sempre possibile. In tale modo, secondo alcuni dei classici, la nullità dell' atto in rapporto all' usufrutto, traeva seco di necessità la nullità dell' atto stesso in rapporto alla nuda proprietà; perchè non si può disporre della nuda proprietà, se non in confronto di un determinato usufrutto. Giustiniano invece afferma senz' altro che l'opinione di cui si tratta veniva fondata sulla circostanza che altrimenti l'usufrutto, rimanendo nell' eredità, sarebbe stato perpetuo : *quia usus fructus numquam ad suam redit proprietatem, sed semper apud heredem remanet.* E quindi, per suo conto (6), quasi che il pensiero dei giureconsulti, dei quali ci occupiamo, avesse bisogno di essere interpretato, e l'interpretazione non fosse del tutto sicura, aggiunge : *et forsitan hoc existimabant, quia et secundus heres et deinceps successores unus esse videntur et*

(6) Proprio per suo conto; perchè, come venne osservato dal Krüger (Di Marzo l. c. p. 37) Giustiniano ha qui malamente riprodotto il concetto espresso nei frammenti 65 e 70 D. 50. 16. L' antica regola, *quae voluit heredem heredis testatoris esse heredem*, è espressa nella c. 14 § 3 C. de hered. inst. 6, 24.

non potest huiusmodi usus fructus... solitis modis extingui. È probabilissimo che, quasi a conferma o riprova della loro opinione, i nostri giureconsulti accennassero anche alla perpetuità dell' usufrutto, come ad una conseguenza assurda, cui bisognerebbe arrivare quando si ammettesse esservi nell' eredità un usufrutto senza un preciso soggetto a cui riferirlo : ed è inutile insistere sul principio giuridico, del resto molto evidente, che dovrebbe giustificare codesta perpetuità supposta ab absurdo. Sarebbe però ridicolo ritenere che i nostri giureconsulti intendessero privilegiare della perpetuità quello speciale usufrutto, che essi affermavano inesistente. La qual cosa non dico ritenesse l'autore della costituzione ; la fanno bensì supporre le parole enfatiche, che vi si leggono sulla fine del § 1 : *Quare enim iste usus fructus sibi tale vindicat privilegium, ut generali interemptione usus fructus ipse solus excipiatur* ? E d'altra parte non v' è mica da credere che il privilegio della perpetuità fosse affermato dagli avversari ; da quelli cioè che ritenevano valido il legato della nuda proprietas, comunque ordinato. Quando dunque Giustiniano decide nel § 1, e ribadisce poi nel § 2, *censemus* ET *huiusmodi legatum* (nudae proprietatis) *firmum esse* ET *talem usum fructum una cum herede finiri..... Et propter hoc* ET *usum fructum finiri et ad proprietatem redire* ET *utile esse legatum* (nudae proprietatis) *sancientes*, non ha deciso, in realtà, che un punto solo : esser valido il legato della nuda proprietà, nonostante che l'usufrutto che vi deve corrispondere non sia riferito, in modo determinato, nè ad un terzo, nè agli eredi. In altre parole, Giustiniano ha semplicemente ritenuto, come ritenevano molti dei classici, che legata la nuda proprietà, sia senz' altro da riferire agli eredi l'usufrutto corrispondente, quante volte il medesimo non venga con un altro legato attribuito ad un terzo (7).

2. Che in effetto la nostra questione avesse il fondamento ora accennato, resulta anche dalla circostanza che i

(7) Tale dottrina è stata poi esposta nel § 1 Inst. de usu fructu 2. 4 : « et contra si fundum legaverit deducto usu fructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usum fructum ».

frammenti dei Digesti, in cui è rimasta traccia (8) dell' opinione accolta da Giustiniano, riguardano tutti un legato per vindicationem :

fr. 4 D. si usus fructus 7. 6 (Giuliano) : « Fundus detracto usu fructu *per vindicationem* legatus est Titio et eiusdem fundi usus fructus Sempronio sub condicione : dixi interim cum proprietate usum fructum esse, licet placeat, cum detracto usu fructu fundus *per vindicationem* legatur, apud heredem usum fructum esse etc. » :

fr. 1 § 4 D. de usu fructu adcr. 7. 2 (Ulpiano) : « Idem Iulianus.... scripsit, si duobus heredibus institutis deducto usu fructu proprietas legetur, ius adcrescendi non habere : nam videri usum fructum constitutum (*per partes* Vat. Fragm. c. 78) non per concursum divisum » (9) :

fr. 6 pr. § 2 D. de usu fructu 7. 1 (Gaio) : « Usus fructus pluribus modis constituitur : ut ecce, si legatus fuerit (*per vindicationem*, Gaio). Sed et proprietas deducto usu fructu legari (*per vindicationem*) potest, ut apud heredem maneat usus fructus. § 2. Adquiritur autem nobis usus fructus.... etiam per eas quoque personas quas iuri nostro subiectas habemus. Nihil autem vetat servo meo herede instituto legari proprietatem deducto usu fructu ».

Dell' opinione respinta da Giustiniano mancano espressi accenni nelle fonti ; salvo forse uno, di cui dirò in ultimo,

---

(8) Di solito, tale osservazione è fatta soltanto a riguardo del fr. 4 D. 7. 6 e del fr. 6 pr. D. 7. 1 (Glück l. c. pag. 288-289 ; Di Marzo l. c. pag. 37); ma credo si possano aggiungere gli altri fr. citt. nel testo. A un legato di nuda proprietà per vindicationem si riferisce probabilmente anche il fr. 46 pr. D. de usu fructu 7. 1 di Paolo ; nel quale, se è interpolata la frase *pietatis respectu* (Krüger *Zeitschr. d. S. Stift.* XIX pag. 51) deve pure ritenersi interpolato l' aggettivo *plena* : « Si extraneo scripto (herede) et emancipato praeterito matri defuncti deducto usu fructu proprietas legata sit, petita contra tabulas bonorum possessione, [*plena*] proprietas [*pietatis respectu*] matri praestanda est ».

(9) Che anche qui si tratti di un legato della nuda proprietà per vindicationem, apparisce dal non esservi indicazione di colui a quo legatur (cfr § 6 seg.). I due eredi resultavano così non essere chiamati insieme all' usufrutto, anche meglio che in un legato della nuda proprietà, ordinato per damnationem. La stessa espressione (*duobus heredibus institutis* etc.) relativa a un legato per vindicationem, occorre nei Vat. Fragm. c. 51 (Paolo) ; c. 82 (Ulpiano).

sulla fine di questo scritto. Giuliano poi e Ulpiano si esprimono in tal modo, da non lasciare adito al sospetto che i due fr. citt. ad essi appartenenti siano stati adattati alla decisio Giustinianea. Il sospetto, se mai, è legittimo in riguardo ai due frammenti di Gaio; l'adattamento dei quali alla decisio Giustinianea può essere stato operato con una lievissima mutazione del testo originale. L'avversativa (*sed, autem*) con cui le ultime parole, tanto del pr., che del § 2, si riattaccano alle precedenti, non è del tutto naturale. Nel pr. specialmente si aspetterebbe piuttosto: « sed proprietas [*et*] deducto usu fructu legari *per vindicationem non potest* » (10). Non deve d' altronde sfuggire che la prima parte del § 1 Inst. de usu fructu 2. 4 non si occupa della costituzione dell' usufrutto, a quel modo che se ne occupano il fr. 6 D. de usu fructu 7. 1 (tratto dalle *res cottidianae* di Gaio) e la stessa seconda parte del cit. § 1 Inst. 2. 4 *sine testamento vero* etc.: si occupa bensì della separazione ex testamento dell' usufrutto dalla nuda proprietà; ossia insieme, e dell' usufrutto e della nuda proprietà, come oggetti di un atto causa mortis: *Usus fructus a proprietate separationem recipit idque plurimis modis accidit* etc. Probabilmente la fonte, a cui attingevano i compilatori, che quanto alla seconda parte del cit. § 1 Inst. 2. 4 era senza dubbio l'opera sopra citata di Gaio (Ferrini; Zocco-Rosa) non si prestava a una più o meno fedele riproduzione, in ciò che riguarda la costituzione testamentaria dell' usufrutto; e i compilatori si sono accinti ad esporre da sè stessi il nostro punto, tenendo conto dello stato del diritto nuovo (11). La corrispondenza formale che si riscontra tra il fr. 6 pr. D. 7. 1 (*plurimis modis... ut ecce*) e le prime parole del cit. § 1 Inst. 2. 4 (*plurimis modis... ut ecce*) non contrasta alla precedente affermazione; che cioè la prima parte del cit. § 1 delle Ist. giustinianee

---

(10) Resulterebbe allora, e non deve fare meraviglia, che l'opinione, più rigorosa, respinta da Giustiniano, era Sabiniana: proprio l'opposto di quello che pensavano il Glück o. c. pag. 288-289 e il Merillio ivi cit. Sopra certa tendenza del Merillio, in rapporto all' interpretazione delle decisioni giustinianee, cfr. Di Marzo o. c. pag. 37.

(11) Cfr. anche § 4 in f. seg.

non sia, quanto alla sostanza, di origine Gaiana. Mi trovo così più vicino, per questo punto, alla nuova che alla vecchia delle due Palingenesi delle Istituzioni che noi possediamo; ben lontano però dal consentire negli apprezzamenti, espressi dall' autore della nuova intorno al metodo seguito dal suo predecessore e intorno al valore dei resultati da lui ottenuti.

3. Supponiamo ora, di fronte al diritto classico, che in un legato di nuda proprietà, ordinato per damnationem ad uno degli eredi, questi muoia prima di esser convenuto con l' actio ex testamento; e così prima di avere operata la datio, cioè la costituzione dell' usufrutto a cui era tenuto. Nessun dubbio che in tal caso il successore sarà obbligato soltanto a trasferire la nuda proprietà della cosa, come vi era obbligato il suo autore ; perchè il fatto della morte rimane senza efficacia in confronto dell' usufrutto, non ancora costituito. Il che si ripete pure nell' ipotesi di una stipulatio usus fructus, comunque fosse concepita la stipulazione (anche cioè se l'usufrutto fosse stipulato in testa di un terzo, da nominarsi); perchè a ogni modo l'usufrutto non è ancora costituito. Infatti, quanto alla capitis deminutio, noi vediamo i classici insistere ripetutamente nell' avvertenza che non vi ha estinzione ex cap. deminutione, se l'usufrutto non è costituito (12). Nel diritto giustinianeo i due casi sono risoluti in modo diverso : quello del legato, per la ragione che esso opera, da per sè, costituzione dell' usufrutto, tutte le volte che la cosa che deve esserne gravata si trova nel patrimonio del de cuius o dell' erede : e quello della stipulazione, per la ragione che essa opera costituzione di usufrutto, indipendentemente da una datio, se e quando la cosa di cui si tratta si trovi nel patrimonio del debitore. Il primo dei punti accennati è ammesso da tutti ; e il secondo, dalla maggior parte degli espositori del diritto romano Giustinianeo. Orbene, in tal senso i compilatori hanno alterato il seguente :

(12) fr. 1 § 1 D. quib. modis usus fructus amitt. 7. 4 : « Sed ita demum amittitur capitis deminutione usus fructus, si iam constitutus est ». Cfr. fr. 1 § 2, 3 D. eod. ; fr. 2 § 1 D. eod. (*si modo ius fruendi habuit*) ; fr. 26 D. 33. 2 riferito nel § 1. Ved. anche *Vat. Fragm.* cap. 62-63.

fr. 36 § 1 D. de usu fructu 7. 1 (Africano) : « Stipulatus sum de Titio fundum Cornelianum detracto usu fructu. Titius decessit : quaesitum est, quid mihi heredem eius praestare oportet. Respondit [*referre* (13) *qua mente usus fructus exceptus sit : nam si quidem hoc actum est, ut in cuiuslibet personam usus fructus constitueretur, solam proprietatem heredem debiturum : sin autem id actum sit, ut promissori dumtaxat usus fructus reciperetur, plenam*] proprietatem heredem eius debiturum. Hoc ita se habere manifestius in causa legatorum apparere : etenim si heres a quo detracto usu fructu proprietas legata sit, priusquam ex testamento ageretur, decesserit, minus dubitandum quin heres eius [*plenam*] proprietatem sit debiturus. Idemque et si sub condicione similiter (14) legatum sit et pendente condicione heres decessit ».

4. Il fr. di Africano, quale si legge nelle Pandette, termina affermando che anche se il legato della nuda proprietà fosse ordinato sub condicione, e l' erede morisse prima del verificarsi della condizione, il legatario avrebbe diritto alla piena proprietà. L'affermazione non si giustifica neppure di fronte ai principi del diritto nuovo ; perchè (fra le altre) il legatario non aveva, al momento della morte dell' erede, nemmeno acquistato il diritto al legato (dies cedens). Si connette però ad un' altra interpolazione di un fr. di Paolo, nella quale i compilatori hanno tentato di giustificare codesta ed un' altra analoga affermazione, facendo appello alla volontà del defunto. Si trattava, nel fr. di Paolo, di un legato per dam-

(13) Un' interpolazione, simile nella forma alla presente, è nel fr. 20 D. quando dies leg. cedat (Di Marzo *Bull. dell' Ist. di dir. rom.* XV pag. 120). Il De Medio *Note su alcuni fr. di Africano* Estratto dall' Arch. Giur. 1902 pag. 25 e segg. ha notato lo stile bizantino della correlazione *si quidem — sin autem*. Egli ha creduto però che l'interpolazione si estendesse anche al periodo *Hoc ita se habere manifestius* etc. ; e in un tal senso, per cui Africano avrebbe risposto che « l' erede doveva e la proprietà e l' usufrutto ». Ma allora non si vede a che mirassero, con tanti mutamenti, i compilatori. Per l' interpretazione del passo, in rapporto al diritto giustinianeo, cfr. Glück l. c. pag. 293-294.

(14) Intendi, *ab aliquo herede proprietas detracto usu fructu* ; lo stesso che dire legato della nuda proprietà per damnationem. E l' actio ex testamento, di cui è discorso prima, conferma che si trattava di codesto legato.

nationem della nuda proprietà, da darsi (nel senso tecnico che ha la parola dare nel diritto classico) dopo un decennio: e l'erede era morto prima della scadenza del termine. Era dunque anche più evidente che non fosse nel caso esposto nella prima parte del fr. di Africano, che il successore di costui non poteva esser tenuto che alla datio della nuda proprietà. I Giustiniani invece hanno *presunto* che, comunque fosse ordinato il legato (a termine, o magari sub condicione) la volontà del de cuius che detraeva l'usufrutto fosse rivolta a un usufrutto congiunto alla persona dell'erede (*qui coniunctus esset personae heredis*). Ma quale mai usufrutto poteva esservi che fosse congiunto alla persona dell'erede, senza dipendere dalla scadenza del termine? Quello causale (15), no, perchè è congiunto alla proprietà; e quello formale, nemmeno, perchè la sua esistenza dipende da un atto, che non può esser compito prima della scadenza del termine. Insomma, così piacque ai Giustiniani di stabilire, e sta bene: ma era meglio, come avevano fatto nel fr. di Africano, non tentassero affatto di far discendere dalla volontà del de cuius quello che proveniva soltanto dal loro arbitrio legislativo; perchè la volontà delle parti non può ovviare agli effetti giuridici di un negozio, che provengono essenzialmente dai principi generali della materia (16). Ecco il passo di cui si tratta:

fr. 26 D. de usu et usu fructu leg. 33. 2 (Paolo): « Sempronius Attalus ab herede suo fundum in Italiam Gaio post

(15) Cfr. *Il concetto classico dell'usufrutto* nel Bullettino dell'Istituto di dir. rom. XXII pag. 109 nota 1: *Questioni di dir. rom. giustinianeo* nella Rivista ital. per le scienze giur. XLIX pag. 272 n. 9.

(16) Anche il Glück o. c. pag. 292 (cfr. pure Cuiacio e gli altri citt. nella nota *k* del traduttore) riconosce che « la logica del diritto » imporrebbe di negare al legatario la piena proprietà della cosa; ma Paolo osserverebbe « che in tali casi quella che decide è l'intenzione del testatore; questa deve essere preferita al rigore del diritto ». Il che, se fosse vero, annullerebbe gran parte delle condizioni poste dalla legge alla validità dei negozi giuridici. Meglio dunque riconoscere alla disposizione, affermata dai Giustiniani contro il parere di Paolo, la sua vera natura: quella di una norma di diritto singolare. Resterà così stabilito che di fronte a un sistema giuridico (come, per esempio, quello del nostro Codice Civile), nel quale l'anomala disposizione giustinianea non venga espressamente ripetuta, è la decisione di Paolo che deve valere; il legatario cioè non ha diritto, nel caso in questione, alla piena proprietà della cosa.

decennium deducto usu fructu dari iussit : quaero, cum medio hoc decennii spatio heres vita functus sit, an post tempus decennii plenus fundus ad legatarium pertineat. Movet enim me, quod dies legati huius [*sive* (17) *fideicommissi*] cesserit ac per hoc et ad heredem legatarii pertinere potuerit, et ideo quasi circa debitum iam legatum mortuo herede usus fructus extinctus sit nec ad heredem heredis pertinere possit. Respondi : dies quidem [*fideicommissi vel*] legati cedit statim, cum post tempus certum heres dare [*rogatur sive*] iubetur : sed usus fructus nondum est heredis, nisi cum dominium deducto usu fructu praestitit, et ideo capitis deminutione vel morte perire non potest quod nondum habuit. Idem evenit, si proprietas deducto usu fructu sub condicione legata sit et pendente condicione heres decesserit : tunc enim ab heredis herede qui incipit usus fructus (qui) ex persona eius finietur. [*Sed his casibus de sententia testatoris quaerendum est, qui utique de eo usu fructu detrahendo sensit, qui coniunctus esset heredis personae : quo extincto solidam proprietatem ad legatarium voluit pertinere nec plus transmitti ad successorem suum, qui nondum habere coepit usum fructum, quam si habere coepisset*] ». Il ragionamento di Paolo contenuto nelle parole *dies quidem legati — finietur* è quanto mai limpido e stringente. Il cliente che lo interrogava, di certo il legatario stesso della nuda proprietà o chi per esso, adduceva, come argomento in favore della tesi che fosse dovuta al legatario la piena proprietà, la circostanza che costui aveva già acquistato il diritto al legato (dies cedens) ; aggiungendo cavillosamente, e cosi in forma assai nebulosa, che l'usufrutto, in quanto era dovuto dall' erede, era come estinto con la morte di lui. Ma il giureconsulto, pur riconoscendo che il legatario aveva diritto al legato

---

(17) Le parole che precedono *ad legatarium pertineat* e quelle che seguono *ad heredem legatarii* non permettono di supporre che l' avveduto cliente non conoscesse, se si trattava di legato o di fedecommesso ; nè a ogni modo il giureconsulto, informato dei termini del lascito (*dari iussit*) avrebbe continuato a parlare alternativamente di legato o di fedecommesso. Nel seguito però del frammento anche i compilatori si sono stancati di tener dietro al fedecommesso.

subito, con l' adizione dell' eredità, avverte il punto essenziale della questione essere che l'usufrutto sorge nella persona dell' erede soltanto con la dazione della nuda proprietà, il termine della quale non era scaduto : per conseguenza la morte, come la capitis deminutio, non poteva valere ad estinguere un usufrutto, che l'erede non aveva ancora. Lo stesso (aggiungeva Paolo) avverrebbe, se il legato di cui si tratta fosse condizionale (di fronte al quale il dies cedens è protratto all' epoca, in cui si verifica la condizione) ; perchè anche in tal caso l'usufrutto, in seguito alla morte dell' erede, sorge, ed eventualmente finisce, nella persona dell' erede di lui. S' immagini ora come sarebbe rimasto meravigliato il cliente (se realmente la fine del cit. fr. fosse di Paolo) nell' intendere che egli aveva ragione per un motivo semplice, chiaro, ben diverso da quello messo innanzi confusamente dalla sua cavillosa argomentazione : e che anzi egli aveva più ragione di quella che immaginasse ; perchè, non solo nel caso di legato a termine (quando il dies cedens era già venuto) ma perfino nel caso di legato condizionale (quando il dies cedens non era ancora venuto) gli sarebbe dovuta la piena proprietà. A conferma poi della interpolazione accennata *sed his casibus* etc., si ponga mente all' espressione *solidam proprietatem* (invece di *plenam proprietatem*) che, se ho ben veduto, è senz' altro esempio ; e soprattutto, alle parole finali *nec plus transmitti ad successorem suum, qui nondum habere coepit usum fructum, quam si habere coepisset,* che anche sottoposte a correzioni sapienti (18), non danno, se non con grande sforzo, un senso passabile.

5. Un legato di usufrutto, imposto per vindicationem sopra una cosa del testatore, ha per effetto che, adita l'eredità, la nuda proprietas rimane presso l'erede (19). Il mede-

(18) Il Mommsen corregge così : *nec plus transmitti ad successorem, si qui nondum habere coepit usum fructum, quam si habere coepisset.* Ciò significherebbe, se intendo bene : *e che non si trasmettesse più* (la piena proprietà) *al successore, abbia o non abbia costui incominciato ad avere l' usufrutto causale*; ossia tanto se la condizione si era verificata prima, che dopo la morte dell' erede.

(19) Cfr. per es. fr. 35 D. de usurp. et usuc. 41. 3 (Giuliano) : « Si homo, cuius usus fructus *per vindicationem* (Giul.) legatus est, ab herede nunquam

simo legato, imposto per damnationem ad uno degli eredi, produce l'effetto accennato soltanto in seguito alla datio usus fructus. Di qui certa difficoltà nell' ipotesi che tale legato per damnationem venga ordinato sub condicione, e l'erede tenuto alla datio venda e trasmetta altrui, prima che la condizione si sia verificata, la nuda proprietà. Quid iuris infatti, se la condizione non si verifica? A chi apparterrà l'usufrutto? La risposta dipende da quello che è stato convenuto tra le parti nella vendita della nuda proprietà, ossia dal modo come è stata tra di esse concordata la deduzione dell' usufrutto. Se (come avverrà di solito) la deduzione dell' usufrutto è stata concordata causa legati, cioè in relazione all' obbligo eventuale che il venditore aveva, a ragione del legato, di darlo (costituirlo) al legatario, allora, non verificandosi la condizione, l'usufrutto deve essere costituito (restituito) al compratore. Il caso è stato oggetto di un responso di Giavoleno, come apparisce dal

fr. 54 D. de usu fructu 7. 1 : « Sub condicione usus fructus fundi a te herede Titio legatus est : tu fundum mihi vendidisti et tradidisti (20) detracto usu fructu : quaero, si non extiterit condicio, |*aut extiterit et interiit*| usus fructus ad quem pertineat. Respondit : intellego te de usu fructu quaerere qui *per damnationem* legatus est : itaque |*si condicio eius legati extiterit, dubium non est, quin ad legatarium is usus fructus pertineat et si aliquo casu ab eo amissus fuerit, ad proprietatem fundi revertatur : quod si condicio non extiterit, usus fructus ad heredem pertinebit, ita ut in eius persona omnia eadem serventur quae ad amittendum usum fruc-*

---

possessus subreptus fuisset, quaesitum est, quia heres furti actionem non haberet, an usucapi possit. Sabinus respondit nullam eius rei usucapionem esse, cuius nomine furti agi possit, agere autem furti eum, qui frui deberet, posse. Quod si accipiendum est, ut legatarius poterit (potuerit) uti frui : aliter enim homo in causa non perduceretur. Sed si intenti iam et fruenti abductus homo fuerit, non solum ipse, sed etiam heres furti agere poterit ». L'espressione *ut legatarius poterit uti frui* sarebbe inconcludente, se non fosse stato prima indicato che il legato era per vindicationem.

(20) Di solito, si ritiene che il giureconsulto parlasse di mancipazione (*in mancipio dedisti* o simile) : Gradenwitz *Zeitschr. d. Sav. Stift.* VI pag. 65 ; Lenel e Bremer ll. cc, nella nota seg. Ved. però l' ultima ediz. dei Dig. di Berlino.

tum pertinent et servari solent. Ceterum in eiusmodi venditione spectandum id erit, quod inter ementem vendentemque convenerit, ut, si apparuerit legati causa eum usum fructum exceptum esse, *etiam si et* condicio non extiterit, restitui a venditore emptori debeat ».

Alcuni scrittori (21) hanno ben veduto che nella frase *intellego te de usu fructu quaerere qui legatus est* è stata dai compilatori eliminata l'indicazione della forma di legato. Ingannati però dalla successiva interpolazione *si condicio eius legati* etc., hanno creduto che si trattasse di un legato per vindicationem. Si tratta invece di un legato per damnationem, come palesano già le parole del frammento *Sub condicione* A TE HEREDE *Titio legatus est* (22). La interpolazione dell' altra ipotesi *aut extiterit et interiit* (e per conseguenza, non solo la relativa decisione *si condicio eius legati extiterit* etc., ma anche la contrapposizione *quod si condicio non extiterit*) apparisce : 1. dalla circostanza, che un' interrogazione rivolta ad un giureconsulto sopra un caso pratico, non può riferirsi che a un' ipotesi determinata : 2. dalle parole *dubium non est, quin ad legatarium is usus fructus pertineat*, le quali affermano un passaggio immediato dell' usufrutto al legatario, non appena la condizione si è verificata ; e così senza che occorra una datio. Ciò è conforme soltanto al diritto giustinianeo, nel quale è da ritenere (come ho detto anche nel § 3) che il passaggio dell' usufrutto al legatario

---

(21) LENEL *Paling.* 90 ; BREMER *Iurisp. Antehadr.* II. 2 pag. 469. E tanto l' uno che l'altro hanno avvertita la sovrabbondanza di quelle parole *quae ad amittendum usum fructum — solent*, che chiudono l' interpolazione, dà noi notata. Ma l' espressione *omnia eadem servantur*, che si riferirebbe alla particolarità *si aliquo casu ab eo amissus fuerit, ad proprietatem fundi revertatur* (alla consolidazione, insomma) non permette di dichiarare che si tratta di un glossema, limitato precisamente alle dette parole.

(22) Per la stessa ragione, non esito a richiamare ad un legato per damnationem il fr. 66 § 7 D. de leg. II di Papiniano : « A municipibus haeredibus legatis scriptis detracto usu fructu legari proprietas potest, quia non utendo possunt usum fructum amittere ». Come ho accennato nel § 1, Papiniano aveva probabilmente in mira un caso determinato ; non già che egli intendesse formulare, in generale, le condizioni di validità di un legato di nuda proprietas a vantaggio di una persona collettiva, ossia di aderire all' opinione che intorno al detto caso venne poi respinta da Giustiniano.

avvenga sempre ipso iure, quante volte la cosa, su cui l'usufrutto deve gravare, si trovi nel patrimonio del de cuius o dell' erede. Infatti, nel § 1 Inst. de usu fructu 7. 1, Giustiniano si esprime semplicemente cosi, a riguardo della nostra ipotesi : « Usus fructus a proprietate separationem recipit idque plurimis modis. Ut ecce si quis alicui usum fructum legaverit : nam heres nudam habet proprietatem, legatarius usum fructum ». I compilatori dunque hanno alterato il responso di Giavoleno ; non solo allo scopo scolastico di decidere anche quell' ipotesi secondaria, dalla quale il giureconsulto aveva voluto prescindere, ma anche per affermare i nuovi principi, a cui si informa la nostra materia nel sistema giustinianeo.

6. Ho dichiarato nel § 5 preced. e nel § 1 in f. nota 9 essere indizio di legato per damnationem l' indicazione di colui a quo legatur ; e viceversa, di legato per vindicationem, la mancanza di tale indicazione. Il punto richiederebbe forse ampia giustificazione ; ma a questo luogo convengono soltanto pochi cenni di schiarimento ; i quali serviranno, se non altro, a richiamarvi l'attenzione dei competenti. L' indicazione della persona, a carico della quale sta il legato, fa parte della formula o delle varie formule, con cui erano ordinati i legati per damnationem (legato per damnationem, propriamente detto, e legato sinendi modo) ; mentre al contrario essa non occorre nelle altre due forme di legato (per vindic. e per praeceptionem). Che dunque la medesima dovesse essere accennata, di solito, quante volte si trattasse di legato per damnationem, è ben naturale ; e naturale del pari che le parole generiche, con cui si indica la persona gravata (*ab omnibus*, *pluribus heredibus*, *ab herede*, *ab uno herede* e simili) si riferiscano normalmente (23) a chi è gravato del

(23) Anche a tener conto soltanto del primo libro dei legati, si trovano i segg. passi, che *per mezzo delle espressioni accennate*, si riferiscono a un legato per damnationem : fr. 4 § 1, fr. 52 § 1, fr. 67 § 1, fr. 74, fr. 100, fr. 107 pr., fr. 108 § 4 (cfr. fr. 83 § 6 D. de V. O. 45. 1) fr. 113 § 2, fr. 116 pr., fr. 84 § 2, fr. 86 pr. § 3, fr. 104 D. de leg. I (Cfr. anche fr. 108 § 5, fr. 126 § 1 D. eod.). Il fr. 70 D. eod. non riguarda (in senso diverso, Lenel *Paling.* 317) un legato per damnationem, ma uno sinendi modo ; e di questo in altra occasione. Il fr. 91 § 6 D. eod. (cfr. Segrè l. c. nella nota 25 seg. pag. 21) è stato guastato nella

legato per indicazione personale espressa dal de cuius, in quel senso che apparisce dal fr. 90 D. de leg. III, dal fr. 29 § 2 e 33 § 1 D. de leg. II e dal fr. 2 D. de his quæ in testam. 28. 4. Non si esclude che i classici si valgano talvolta delle espressioni accennate, per indicare, in generale, la persona gravata del legato; come vediamo, per esempio, nel fr. 96 § 1 D. de leg. I, nel fr. 26 D. de his quae ut indignis aufer. 34. 9; e anche nei frammenti, in cui si accenna al prelegato e ai legati che gravano l'eredità di un sostituto pupillare (24) : queste sono eccezioni, delle quali non mi par difficile rendersi ragione, quando si pensi che il legato per damnationem è il legato optimo iure (Gaio II. 197; Ulp. 24. 11). Da escludere, a mio avviso, è che i classici adoperino indifferentemente le dette espressioni per qualunque forma di legato (25); mentre è per mezzo di esse che i medesimi si risparmiano, per lo più, di designare espressamente la forma del legato per damnationem. Se ciò non apparisce sempre nelle fonti del diritto giustinianeo, credo si debba attribuire alle alterazioni, che hanno subito. Così per esempio, nel fr. 86 § 1 D. de leg. I, dove altri (26) ci ha benissimo insegnato trattarsi nella prima ipotesi ivi contemplata di un legato per damnationem, e

---

forma (Ferrini, *Legati* pag. 388); e nessuna induzione si può trarre dalle parole *ab herede*, che nello stato attuale del passo paiono a tutti (Mommsen, Ferrini) un glossema. Nel fr. 100 D. eod., dopo le parole *sub eadem condicione eandem rem* era probabilmente indicata la species legati con le parole *ab herede suo*. — L'espressione *ab herede* resulta adoperata a riguardo di un legato per damnationem anche nel fr. 36 § 1 (riferito nel § 3) e nel fr. 49 D. de usu fructu 7. 1; e quanto, in particolare, all'espressione *ab omnibus heredibus*, oltre i cit. fr. 86 § 3, fr. 104 pr. D. de leg. I, ved. fr. 17 D. ut leg. 36. 3 (cfr. fr. 10 D. eod.).

(24) Cfr. per esempio, fr. 34 § 11; fr. 116 § 1 D. de leg. I: fr. 32 pr. D. eod. fr. 74, fr. 81 § 7, fr. 104 § 6, fr. 113, § 4, fr. 126 pr. de D. de leg. I. Un caso analogo è quello, di cui si occupano il fr. 25 e il fr. 91 pr. D. de leg. I. Non crederei avesse importanza, per la determinazione della species legati, la frase che si legge nel fr. 81 § 7 D. de leg. I (cfr. anche fr. 34 D. ad. l. Aquiliam 9. 2) *vindicare legatum*, in contrapposto a *repudiare legatum* (cfr. Segrè l. c. pag. 20).

(25) Cfr. Segrè *Note esegetiche sopra i legati* (negli Scritti in onore di V. Scialoia vol. II) Estr. pag. 14 e segg.

(26) Segrè l. c. pag. 10; Ferrini *Legati* pag. 124.

nella seconda (dove occorre l'espressione *ab omnibus heredibus*) di uno per vindicationem, non par possibile che Giuliano non dichiarasse quest' ultima forma del legato, quando la stessa espressione *ab omnibus heredibus* era usata da lui nel § 3 per un legato per damnationem. E allora probabilmente le dette parole vennero sostituite da Triboniano a quelle *per vindicationem* o simili, che indicavano la forma del legato ; tanto più opportunamente anzi, ai suoi fini sistematici, in quanto nelle prime parole il giureconsulto dichiarava la forma del legato per damnationem con la semplice espressione *ab uno herede* :

« Si testamento Stichus ab uno herede legatus fuerit Maevio et eidem codicillis idem Stichus *per vindicationem* [*ab omnibus heredibus* Trib.] et antequam etc. » (27).

La quale sostituzione deve pure essere stata operata nel fr. 66 § 5 D. de leg. II (Papiniano) relativo a quella stessa fattispecie, di cui si occupava Giuliano :

« Eum qui ab uno ex heredibus qui solus oneratus fuerat, litis aestimationem legatae rei abstulit, postea codicillis apertis [*ab omnibus heredibus*] eiusdem rei *per vindicationem* relictae, etc. ».

Anche nel fr. 22 § 2 D. quando dies 36. 2 (Pomponio) la frase *eo modo* che vi si legge in ultimo fa certi che il giureconsulto non si riferiva a un legato ordinato (per damnationem) ab omnibus heredibus, ma ad uno per vindicationem ; perchè

---

(27) Lo stesso si dica del fr. 11 D. de usu fructu ader. 7. 2 : « Cum singulis [*a b*] heredibus *per vindicationem* [*singulis* Trib.] eiusdem rei fructus etc. Alterato in modo analogo è probabilmente anche il fr. 65 D. de furtis 47. 2 : « [.1] Titio herede *instituto* homo Seio *per vindicationem* legatus ante aditam etc. » ; il fr. 81 § 10 D. de legatis I : « [*eius*]. Servus [*a*] filio impubere *herede instituto per vindicationem* etc. » ; il fr. 82 pr. D. eod. : « Ponamus rem, quae mihi pure legata sit (scilic. *per damnationem*) accipere me per traditionem die legati cedente ab [*eo*] herede [*a quo*] *cum* eadem sub condicione *per vindicationem* alii legata fuerit : nempe agam etc. » ; e il fr. 108 § 5 D. eod. : « eundem [*a*] te herede instituto *per vindicationem* etc. ». La possibilità di una simile alterazione vi è pure in certe parole di un passo, che si riferisce a legati imposti a un sostituto : fr. 32 pr. D. de leg. I (cit. nella nota 22) : « quae [*a*] filio meo herede instituto *per vindicationem* legavi quaeve eum dare iussi etc. ». Cfr. i passi citt. nelle note 8 e 9 preced. ; non che il fr. 26 e il fr. 76 § 2 D. de leg. II, di cui nel § 7 seg.

un legato ab omnibus heredibus, quando l'erede è uno solo (*perinde atque si solo eo herede instituto* etc.) è un' insensatezza che non si può attribuire a Pomponio :

« Si tamen duos heredes instituam et, si alter ex his adeat hereditatem, alicui legem [*ab omnibus heredibus*] *per vindicationem* : non erit pro supervacuo ea condicio, sed in portionem quidem coheredis valebit, in ipsius autem, cuius persona in condicione comprehensa est, supervacua erit perinde atque si solo eo herede instituto eo modo (scilic. per vindicationem) legatum esset ».

L'accenno poi alla vindicatio che si legge nel fr. 7 D. de serv. leg. 33. 3, ove occorre l'espressione, certamente genuina, *a pluribus heredibus*, è interpolazia; perchè la frase *conveniuntur in solidum* non può riferirsi che a un legato per damnationem (28) :

« Cum a pluribus heredibus institutis via legata est, quia partem non recipit, singuli heredes in solidum conveniuntur [*quia et uno ex heredibus adeunte vindicari potest*] ».

Non devono infine sfuggire le espressioni *directa libertas*, *libertas directo* (*directis verbis*) *data*, con le quali le fonti, in contrapposto alla fideicommissa (*verbis fideicommissi*) *data libertas*, indicano il legato di libertà, che è, in sostanza, un legato per vindicationem. Tale contrapposto, fondato appunto sull' esservi o no indicazione della persona gravata del legato, riesce anche più notevole nel diritto giustinianeo, dove il lascito della libertà fedecommissaria resulta indipendente dalle parole precative della disposizione (29).

Tutto ciò non esclude che il de cuius possa ordinare un legato per vindicationem in confronto di alcuni degli eredi istituiti, ad esclusione di altri ; o più precisamente, ordinare un legato per vindicationem, *se* e *in quanto* diventino

---

(28) Cfr. fr. 17 D. de servit. 8. 1. La correzione proposta dal Mommsen (*quia*, in luogo di *quia*) sta benissimo in riguardo a ciò che intendevano affermare i compilatori; perchè nel diritto nuovo all' azione personale si congiunge, nel caso di cui nel testo, quella reale.

(29) Nel fr. 54 § 1 D. ad S. C. Trebellian. 36. 1, occorre l'espressione *directa libertas ab omnibus* (datur); soltanto per rendere chiaro il contrapposto con la fideicommissa libertas, di cui si parla nella proposizione disgiuntiva che segue.

eredi alcuni dei chiamati all' eredità. Ma allora, oltre il modo speciale di esprimere la disposizione, ben diverso da quello di un legato per damnationem imposto a taluno degli istituiti, si avrà questo effetto, che se tutti gli istituiti diventano eredi, il legato è valido soltanto per la parte di eredità toccata a coloro, nel cui confronto venne ordinato il legato : la parte rimanente sta nell' eredità a benefizio di tutti gli istituiti :

fr. 81 § 4 D. de leg. I (Giuliano) : « Si libertus patronum ex septunce heredem scripserit, alios ex ceteris et ita scripserit : « quisquis mihi alius ex supra scriptis cum patrono meo heres erit, servos illum Titio lego » ..... intellegendum erit a coherede patroni dumtaxat legatum datum et ideo Titium non amplius quincuncem in servis vindicare posse ».

In modo analogo, quando un legato per vindicationem è ordinato tra due istituzioni di erede, è valido soltanto per metà, se tutti e due gli istituiti diventano eredi; perchè il legato deve necessariamente intendersi ordinato a riguardo del primo e ad esclusione del secondo erede (30) : mentre, quando si tratta di legato per damnationem (poichè la damnatio sarà fatta a riguardo, o degli eredi in generale, o del primo istituito) il legato è valido per intiero :

Paolo *Sent.* III, 6. 2 : « Ante heredis institutionem legari non potest, inter medias heredum institutiones, sive alter, sive uterque adeat, potest. Interdum dimidium, interdum totum debetur : dimidium, si per vindicationem legatum sit : totum, si per damnationem ».

Venne congetturato (31) che anche il fr. 17 D. de duob.

---

(30) Cfr. anche Ulp. I. 21.

(31) Ferrini *Legati* pag. 120, pag. 127; *Pand.* p. 815 nota 1. Secondo il Ferrini *Legati* pag. 120 nota 3, non solo si deve leggere, come ha proposto il Mommsen, *tantum* invece di *totum*, ma è da sospetare che il cangiamento sia sia dovuto a Triboniano (cfr. l' ultima ediz. dei Dig. berlinesi). Come infatti ho accenato nel testo, il legato, dietro l'idea del Ferrini, non vale per intiero: vale soltanto per la parte d'eredità, acquistata dalle persone, cui il medesimo venne riferito dal testatore. Ma tanto più allora si dovrà tener ferma nelle Pandette la parola *totum*, offerta dalla Florentina. Giacchè, qualunque sia stato il tenore classico del nostro frammento, non può dubitarsi che i Giustiniani abbiano voluto che il legato fosse valido per intiero: e valido per intiero resulta il legato dal passo come ora si legge nelle Pandette. Il Ferrini *Legati*

reis 45. 2 di Paolo (il contrasto del quale coi fr. 54 e 124 D. de leg. I è risaputo) si riferisse, come ora si legge nelle Pandette, a un legato per vindicationem ; e precisamente all' ipotesi, di cui nel fr. di Giuliano, pocanzi trascritto :

« Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus Sabinus Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros aiunt, quia hereditas eos obligat. Idem est cum omnes heredes nominantur ».

La congettura, dal lato formale, è fondata unicamente sopra l' andamento del passo; il quale sembra reclamare, come ha osservato per primo il Mommsen, pro hereditariis partibus *tantum*, invece di pro hereditariis partibus *totum*, etc. Lasciando ora da parte che le prime proposizioni del fr. di Paolo (*Sive a certis personis ..... sive ab omnibus excepto aliquo*) non esprimono quella particolare determinazione che occorre per limitare a taluni degli istituiti gli effetti di un legato per vindicationem, e che la proposizione finale (*Idem est — nominantur*) non può riguardare un simile legato, le parole *eos legatum debituros* (in tutto analoghe a quelle che, in rapporto ad un legato per damnationem, occorrono nel fr. 54 § 3 e nel fr. 124 D. de leg. I) contrastano alla congettura accennata. Gli istituiti, a cui speciale riguardo (se e in quanto cioè diventino eredi) venne ordinato un legato per vindicationem, *non debbono nulla* : soltanto la rei vindicatio nascente dall' atto viene a limitarsi a quel tanto dell' asse ereditario da loro acquistato; ma il legato, per ciò che vale, è a carico dell' intiera eredità (32). Tutto così fa credere, nel modo come si legge ora il frammento nelle Pandette, che si tratti di un legato per damnationem, salvo l' espressione *quia hereditas eos obligat* ; la quale però, a ben guardare, non si adatta propriamente neppure all' ipotesi di un legato

---

pag. 126 in f. credeva che il fr. fosse stato accolto nei Dig. *per svista* ; ma se mai (cfr. nota 33 seg.) si tratta di un fr. che, quanto alla sostanza, non è stato opportunamente adattato al sistema. La modificazione dunque del passo proposta dal Mommsen, se ha senso in confronto del diritto classico, non ne ha alcuno in confronto del diritto giustinianeo.

(32) Cfr. Ferrini, *Pand.*, § 666.

per vindicationem. Il sospetto che essa sia dovuta ai compilatori è confermato dalla circostanza che soltanto nel diritto giustinianeo l'obbligazione ex legato deriva, per disposizione di legge, dal fatto stesso di essere eredi. Se poi si abbiano ad ammettere maggiori alterazioni (33) in guisa anche da riuscirne affermata la congettura che abbiamo pocanzi riferita, non interessa vedere a questo luogo.

Sono dunque i Giustiniani (ecco la conclusione, cui premeva di arrivare) che indicano personalmente la persona gravata del legato anche nei casi in cui il testo classico trattava di un legato per vindicationem ; per la ragione che nel diritto nuovo non è dall' esserci o meno tale indicazione personale che dipendono gli effetti giuridici dei legati.

7. Un' ultima osservazione. Essa riguarda uno di quei casi, dai quali ho dichiarato in principio di voler prescindere ; ma sta tuttavia a compimento delle cose fin qui dette, specialmente nel paragrafo precedente. Come ho accennato sulla fine della nota 2, l' investito della nuda proprietà può fare oggetto di legato il pieno dominio della cosa, se ha istituito erede l' usufruttuario. Il caso è ricordato in tre frammenti dei Dig. ; in uno, a riguardo dell' ipotesi che il legato della cosa sia puro e semplice ; negli altri, a riguardo dell' ipotesi che il medesimo sia condizionale :

fr. 26 D. de leg. II (Marcello) : « Is, cuius in servo proprietas erat, fructuario herede instituto alicui eum servum legavit, non potest heres doli mali exceptione uti, si legatarius vindicare servum vellet, non relicto heredi usu fructu » :

fr. 76 § 2 D. eod. (Papiniano) : « Dominus herede fructuario scripto fundum sub condicione legavit. Voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum

---

(33) Bonfante, *Ist.* 4ª ediz. p. 570 nota 1. La congettura del Ferrini non può accogliersi, se non ritenendo che il fr. di Paolo fosse, press' a poco, scritto così : « Sive [*a*] certis personis heredum *nominatis* [*nominatim* Trib.] legatum esset *per vindicationem*, sive [*ab omnibus*] excepto aliquo, Atilicinus Sabinus Cassius pro *eorum* hereditariis partibus *tantum vindicandum esse legatum* [*totum eos legatum debituros* Trib.] aiunt, quia *id solum datum intellegitur* [*hereditas eos obligat. Idem est, cum omnes heredes nominantur* Trib.]. In senso contrario, ved. tra i recenti : Dernburg *Pand.* III § 103 nota 15 ; Perozzi *Ist.* II pag. 546 nota 1.

retineat (34)..... quoniam fructus portionis instar obtinet » :

fr. 6 D. de manum. test. 40. 4 (Ulpiano) : « Si fructuarium dominus proprietatis heredem scripserit et servo sub condicione sit libertas data : quoniam interim fit heredis, confusione facta usus fructus, si extiterit condicio, perveniet ad libertatem ».

Si tratta nel fr. di Marcello di un legato per vindicationem. Lo rivela, non solo la parola *vindicare*, con cui si designa l'azione del legatario ; ma anche il modo impersonale, consueto in simili legati (35), con cui si accenna alla persona gravata. Il frammento, come ha affermato benissimo un nostro scrittore, è genuino, in quanto nega che l'erede possa valersi dell' exceptio doli ; perchè, sebbene il de cuius abbia legato per vindicationem ciò che non aveva (la piena proprietà), il legato è utile ex Neroniano (36). Ed è genuino, aggiungerei, anche nelle ultime parole *non relicto heredi usu fructu* ; quantunque, non tanto si tratti (secondo l'opinione meno severa, di cui nel § 2 preced.) di lasciare all' erede l'usufrutto, quanto di dedurlo o detrarlo (*deducto*, *detracto usu fructu*) nell' ordinazione del legato di cosa. Non è da escludere infatti che Marcello (in questo, come in altri argomenti) sia stato di opinione diversa da Giuliano ; ossia che si abbia qui una traccia dell' opinione, forse Sabiniana, la quale non ammetteva si potesse fare oggetto di legato, da parte del proprietario di una cosa, la nuda proprietà di essa, se non lasciendo (per damnationem) l'usufrutto all' erede. Comunque sia, importa avvertire (sulle traccie dello scrittore accennato) che, in forza del legato anzidetto, l'usufrutto non si estingue ; l'usufrutto rimane tuttavia presso l'erede, perchè manca un' azione personale,

---

(34) Per l'interpolazione delle parola *ceteris* nella frase omessa *diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est*, cfr. *Il concetto classico dell' usufrutto* § 2 (l. c. alla nota 14 preced.).

(35) Cfr. le note 8-9 e 27 preced.

(36) Segrè l. c. pag. 24. Il Lenel *Paling.* 184 domanda : *quid si eum manumiserit?* Lo schiavo nel diritto classico non sarebbe manomesso : cfr. *Il concetto classico dell' usufrutto* l. c. pag. 119 e i passi ivi citt. E' manomesso invece nel diritto giustinianeo ; ma non directis verbis : cfr. fr. 35 D. de man. test. 40. 4.

per costringere l'erede ad una cessio in iure dell' usufrutto. Il legatario per conseguenza non diventerà, nel diritto classico, pieno proprietario del fondo legato, se non con la prescrizione biennale estintiva dell' usufrutto (non usus). Tutto ciò naturalmente non ha importanza per il diritto giustinianeo, di fronte al quale è da ritenere che il legatario diventi pieno proprietario subito, non appena avvenuta l' adizione dell' eredità.

Anche nel fr. di Papiniano però (e qui mi allontano un poco dalle traccie altrui) si tratta di legato per vindicationem. Lo rivela, non solo la forma impersonale (consueta, come sappiamo, in simili legati) di designazione del gravato, ma anche l'accenno alla quaestio voluntatis; se cioè il de cuius, abbia o non abbia inteso di legare l' usufrutto. Lo ha inteso di sicuro, afferma Papiniano, dal momento che ha legata la cosa; *perchè l' usufrutto è parte di essa.* Orbene, una simile questione può affacciarsi, quando oggetto del legato è la cosa (legato per vindic.); non mai, quando oggetto del legato è un rapporto obbligatorio, avente per oggetto una datio (legato per damnat.). Se il de cuius avesse detto *heres meus damnas esto dare fundum*, a nessuno sarebbe passato per la mente che oggetto della datio potesse essere il fondo deducto usu fructu. Nel diritto classico (Papiniano non vi accenna, ma lo dichiara Ulpiano a riguardo del servo manomesso directis verbis) a differenza di quanto avviene nell' ipotesi contemplata da Marcello, il legatario, al dies cedens, acquista ipso iure la piena proprietà della cosa, se la condizione si è verificata dopo la morte del de cuius; perchè, acquistata, nel tempo frapposto, la nuda proprietà dal patrimonio dell' erede (37), avviene la confusione dell' usufrutto. La mancanza, per parte di Papiniano, di un accenno alle conseguenze pratiche speciali dell' ipotesi da lui contemplata mi ha fatto sospettare altra volta (38) che non sia genuina la determinazione modale *sub condicione* contenuta nelle prime

(37) Cfr. fr. 4 D. 7. 6, riferito nel § 2 in pr.; e fr. 4 D. 33. 2, riferito nella nota 2.

(38) l. c. nella nota 34 preced.

parole del frammento, riferito nel testo; perchè la quaestio voluntatis, per sè stessa, può affacciarsi anche se il legato non è condizionale. Mantengo codesto sospetto. La forma però di legato, espressamente enunciata, che sarebbe stata, se mai, sostituita con le parole *sub condicione*, è la forma *per vindicationem*.

Muzio Pampaloni,
Prof. ord. nella R. Università di Pisa.

Un paragone in materia di comproprietà

Nelle mie *Istituzioni di diritto romano* vol. 1 pag. 475 io manifesto l' opinione « che nessun socio può disporre della cosa comune senza il consenso degli altri soci ». In prova di questo principio cito alla nota 1 della stessa pagina le ll. 28 D. 10. 3 ; 11 D. 8. 5 e proseguo dicendo : « Non si confonda questo principio con quel che vale per le magistrature collegiali romane. Un console può far tutto sinchè l'altro console non intercede; invece il comproprietario non può far nulla, se gli altri soci prima non consentano ».

Contro queste asserzioni è insorto recentemente il Fadda in un articolo intitolato : « *Consortium*, *collegia magistratuum*, *communio* » pubblicato negli « *Studi in onore di Biagio Brugi* » pag. 139-150.

Le pagine seguenti vogliono essere una difesa della mia opinione contro le obbiezioni del Fadda.

Il paragone fra la comproprietà e la collegialità è un paragone elegante che si trova presso gli espositori così del diritto pubblico romano che del diritto privato. Quelli se ne giovano ad illustrare la collegialità; questi ad illustrare la comproprietà. Esso viene spontaneo per ciò che sia nel caso dei magistrati colleghi e sia in quello dei soci si ha una pluralità di persone, ciascuna delle quali ha, entro una data sfera, un potere uguale a quello dell' altra. Ognuno dei due consoli ha il pieno *imperium*, o, se si vuole, il pieno *imperium* e la piena *potestas* rispetto alla repubblica; ogni socio ha il *dominium* della cosa. Concorre a suggerire e a giustificare a prima vista il paragone anche certa identità di frasi usate dagli

antichi ad indicare una conseguenza di codesta attribuzione di un uguale potere, cioè il diritto che ha il magistrato ed il socio d' impedire l'atto del collega e rispettivamente del socio. Si qualifica come *prohibere* così l'intercessione del magistrato (1) che l'opposizione del socio (2) ; e se nei digesti si dice di questo : « in re enim pari potiorem esse causam prohibentis constat (3) » uno scrittore antico scrive circa la magistratura : ἐστιν γὰρ ἐν τοῖς ἄρχουσιν ὁ κωλύων ἀεὶ δυνατώτερος (4).

È ben naturale adunque che il paragone si facesse. Ed io non avrei avuto nulla da obbiettare contro di esso, se non avessi dovuto notare che non era fatto in modo da tenere distinto l' aspetto per il quale regge da quello per il quale non regge. Per questo, senza soffermarmi a rilevare quel primo aspetto e sta nell' avere gli antichi attribuito ai colleghi da un lato e ai soci dall' altro lo stesso pari potere, credetti opportuno rilevare il secondo aspetto e sta appunto in ciò che mentre ogni magistrato può giuridicamente far tutto sino a che il collega non si oppone, il socio non può giuridicamente far nulla sinchè l'altro socio non consente.

Affermando questo, io non facevo che riferirmi a ciò che veniva unanimemente insegnato dai cultori del diritto pubblico romano circa la collegialità ; dai cultori del diritto privato romano circa il condominio.

Quel che insegnavano ed insegnano i primi, poichè il loro insegnamento è accolto anche dal Fadda, basterà che io lo dica colle parole del Mommsen :

« Nessun magistrato è tenuto per emanare un ordine a interrogare prima il collega o i colleghi ; ogni decreto del magistrato ha piena efficacia, anche se lo emana un solo magistrato. Se quindi uno dei due colleghi è incapace di agire o è assente o anche semplicemente non è disposto ad occuparsi dell' affare in questione, l' ordine dell' altro vale come vale quello dell' ufficiale nell' età monarchica ; ne veniva di conseguenza che, come si è or ora detto, la ma-

(1) Cic. de leg. 3. 3. 6 ... ni par maiorve potestas populusve prohibessit.
(2) L. 28 D. 10. 3.
(3) L. 28 D. 10. 3.
(4) App. b. c. 1, 12, 3, 50.

gistratura non diveniva mai incapace di deliberare per il fatto dell' incompletezza del numero dei magistrati; non diveniva tale nemmeno, se di due colleghi uno mancava » (1). « L'intercessione non ha mai luogo sino a che l'atto giuridico relativo sta ancora nel futuro. Logicamente si può concepire l'assoluta proibizione di un atto del magistrato prima che esso sia incominciato; ma l'intercessione non solo presuppone il principio dell' atto ma anche, rispetto al decreto e al senatusconsulto, il suo compimento. Se, trattandosi della legge, l'intercessione non esige il compimento dell' atto finale, ma è invece è esclusa dal compimento stesso, perchè la parola pronunciata dalla comunità sovrana non può essere, per ragioni di convenienza, sovvertita, essa esige però, in questo caso, almeno il compimento di uno di quegli atti preparatorii, senza i quali non può pensarsi che avvenga la votazione decisiva » (2). L'atto compiuto contrariamente all' intercessione è nullo (3). Sono requisiti del diritto d' intercessione « che l' intercedente si opponga personalmente al magistrato, contro il quale intercede e che l'intercessione si unisca nel tempo all' atto che mira a cassare » (4).

Quel che s' insegnava circa la comproprietà, quand' io scriveva le parole che il Fadda non approva, devo dirlo colle parole di molti. Per ragioni di spazio citerò però qui nel testo soltanto il più celebre, se non il maggiore, tra i pandettisti, e metterò in nota le dichiarazioni di altri privatisti, che vanno con quello dalla prima metà del secolo scorso ad oggi.

Windscheid Pand. I § 169: « Il diritto di proprietà è comune ai più proprietarii in tal modo che non può essere posto in moto se non mediante la concorde volontà di tutti » (5).

---

(1) *Staatsrecht* I pag. 29-30.

(2) Ibid. pag. 253. n. 4. — Non so donde tragga il Bonfante *Ist.*[4] pag. 269 n. 2. il contrario insegnamente che l' *intercessio* va opposta *prima* dell' atto.

(3) Id. ibid. pag. 274.

(4) Id. ibid. pag. 270.

(5) Puchta *Inst.* II cap. 232 : Nessuno dei soci può da solo e senza l'approvazione degli altri fare una disposizione della cosa che tocchi la cosa stessa (nell' intero o per una parte).

Dernburg *Pand.* I § 196 : « Per quanto finalmente risguarda i mutamenti

Il Fadda che considera le mie parole come un' « obbiezione » (pag. 144) contro una teoria assodata, che egli si assume di difendere, inverte quindi stranamente la posizione sua come la mia rispetto alla scienza. Io non obbiettavo nulla; io accettava ciò che la scienza insegnava circa i due principii fondamentali regolatori l' uno della collegialità, l' altro del condominio: nella collegialità nessuna necessità di un espresso o presunto consenso del collega perchè l'atto del magistrato sia legittimo; questo è tale come voluto arbitrariamente da chi lo compì; il collega può soltanto annullarlo, opponendosi in date condizioni di tempo e di modo; nel condominio assoluta necessità del consenso degli altri soci perchè l' atto di uno sia legittimo. I romanisti, discordi intorno al concetto di comproprietà e a molti particolari dell' istituto, su questo punto

---

e i miglioramenti della cosa, egli [il condomino] ha bisogno del consenso di tutti i soci ».

Brinz *Pand.* I § 131 : « ... gli atti di uso e di godimento, in sè indivisibili, possono spettare a ciascuno solo interamente, ma in causa della comunione, a nessuno senza dell' altro ».

Arndts *Pand.* § 133 : « Il diritto di disporre della cosa comune o di qualche parte reale di essa..... compete soltanto al concorde volere di tutti i soci ».

Scialoia *Lezioni* anno 1908-1909 pag. 729 : « ... nessun condomino può fare sulla cosa comune, senza il consenso degli altri, modificazioni, che alterino lo stato di fatto di questa ».

Maynz *Cours de d. r.* I pag. 637 : « nessuna disposizione, che importi un cangiamento dello statu quo, può essere presa rispetto alla cosa senza il consenso di tutti i soci ».

Bonfante *Ist.*[4] pag. 268-269 : « Gli atti indivisibili, che il condomino non può compiere da solo, possono essere compiuti col consenso degli altri condomini ».

Steinlechner *Das Wesen der iuris communio* II *Abth.* pag. 184 : « In tutti i passi citati viene negato assolutamente al singolo socio il *ius faciendi* e appunto da questo è desunto per gli altri soci un *ius prohibendi* » ; pag. 186 : « occorre l'accordo di volontà di tutti i soci ».

Seeler *Die Lehre vom Miteigenthum nach r. R.* pag. 7. « ... di conseguenza il godimento della cosa comune ed ogni disposizione di fatto su di essa dipende dal concorde volere di tutti i soci ».

Eisele *Zur Lehre vom Miteigenthum* nell' *Archiv. f. d. civ. Pr.* vol. 63 pag. 68 : « Questa sola disposizione [della legge 28 D. 10. 3.] fa sì che il rapporto sia tollerabile e mantenibile soltanto finchè i soci *si accordano* tra di loro ».

Segrè *Sulla natura della comproprietà in d. r.* nella *Riv. Ital. di scienze giur.* vol. VI pag. 45 : « Una serie di testi nega il diritto di facere in re communi al *socius* senza il consenso dell' altro ».

sono unanimi. È adunque il Fadda che veramente fa un' « obbiezione », in quanto, per ottenere che il paragone fra collegialità e condominio stia in ogni sua parte, anche per quella rispetto alla quale io avvertiva che non corre, viene innanzi con una teoria del tutto nuova circa il condominio, colla teoria cioè che anche l'atto del socio per essere valido non ha bisogno di essere approvato dall' altro socio; basta che questi non si opponga.

Dico « teoria del tutto nuova » benchè un altro scrittore, dopo che io ebbi pubblicato il mio libro, abbia prima del Fadda esposta la stessa idea. Ma codesto scrittore si dimostra talmente incoerente da doversi considerare come primo, aperto e fermo sostenitore dell' idea stessa soltanto il Fadda, col quale solo perciò avrò a discutere (1).

Il Fadda invoca per la sua opinione, contro l'opinione non solo mia ma di tutti, la l. 28 D. 10. 3. Pap. 7 quaest.

---

(1) Lo scrittore, a cui alludo, è il Pacchioni. Questi nel suo *Corso di diritto romano* II pag. 254 scrive : « Come nel caso di più magistrati investiti del medesimo *imperium* era antica norma che dovesse prevalere la volontà di colui che proibiva (*diritto di veto*), così in materia di condominio si stabilì che bastasse la proibizione da parte di uno per rendere inammissibile qualsiasi cambiamento o miglioramento della cosa comune desiderato dai più ». Non menzionando qui il Pacchioni la necessità del consenso di un socio all' atto dell' altro, perchè l'atto sia legittimo, e mettendo in rilievo soltanto il diritto di proibire, egli viene evidentemente ad esprimere la stessa idea del Fadda. Rimanesse un dubbio in proposito, questo sarebbe eliminato dalla nota che appone a codeste parole. In questa infatti riporta in prova del suo asserto tutta la stessa l. 28 D. 10. 3. a cui si richiama anche il Fadda, ed aggiunge che io « a torto » nelle mie Istituzioni I pag. 475-476 inverto i termini della proposizione. Siccome la mia proposizione è che il socio ha bisogno del consenso del consocio per poter agire *iure* sulla cosa comune, vuol dire che egli di questa necessità del consenso non ne vuol sapere. Ma il Pacchioni prosegue notando che il principio esposto venne temperato in due modi; il primo è questo : « Si ammise che dovessero venire rispettate le innovazioni o modificazioni apportate alla cosa comune da singoli condomini senza l'unanime consenso degli altri, quando risultasse che erano avvenute nell' interesse della comunione ». *Senza l'unanime consenso*! Dunque secondo la regola era necessario l' unanime consenso dei soci e non bastava la mancanza della proibizione! Dunque in poche righe il Pacchioni prima espone l' idea stessa del Fadda, certo trascinatovi dal paragone colla collegialità, e poi, appena distaccatosi da questo, cade sotto l'impero della sua educazione romanistica, e torna, senza avvedersene, all' insegnamento comune, divorando così la creatura appena nata del suo pensiero.

L' invocazione di questa legge costituisce quel che si dice un bel caso. Essa è per l'appunto la legge, che è costantemente e in prima linea ricordata da quanti scrivono in materia di comproprietà per sostenere la necessità dell' accordo tra i soci onde l'atto compiuto sulla cosa comune da uno di essi sia legittimo. In tutte le note apposte ai brani dei privatisti, che ho citati, si trova citata e il più spesso riportata in tutto o in parte la legge stessa. La quale perciò è conosciuta a memoria persino da chi muove i primi passi nella nostra scienza. Non è ora molto strano che l' antica e la moderna esegesi vi abbiano concordemente letta una cosa e solo il Fadda ve ne legga un' altra del tutto diversa e mostri una specie di meraviglia che io non vi legga questa cosa, che nessuno vi ha letta prima di lui? È vero però che tutto il mondo può ingannarsi per secoli e che può venire quell' uno che ha ragione contro tutto il mondo. Dobbiamo quindi vedere se nel nostro caso il Fadda sia quell' uno.

Il Fadda aderisce all' opinione di chi crede il frammento interpolato. Ritiene per certamente emblematica la proposizione : « sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem » e per sospetta quella immediatamente successiva, con cui il testo finisce : « quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur » (1). Ammette invece che sia genuina tutta la parte precedente del testo :

« Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse : in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit : et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit ».

Il Fadda ragiona su questa parte così : « Per il principio posto da Sabino prevale la proibizione come mezzo preventivo. Ma non è vero che il socio nulla possa fare senza l'assenso antecedente degli altri tutti. Papiniano, spiegando e

(1) Pag. 144 n. 2.

svolgendo il principio, soggiunge che lo « ius prohibendi » non dà diritto di porre nel nulla quanto già è stato fatto, quando il socio che al fatto poteva opporsi, non si è opposto. Ogni socio adunque può agire, se non è ostacolato dagli altri. Proprio come nel caso della collegialità magistratuale. La sola differenza sta in ciò che nella collegialità, trattandosi di diritto pubblico, non si può parlare di risarcimento di danni a favore del collega, mentre nel dominio, se danno vi è stato a carico degli altri condomini, questi potranno rivalersene contro l'agente con l' « a. communi dividundo ». Il che, naturalmente, non esclude che l' atto valido del magistrato possa dar luogo nei soliti modi ad un sindacato pubblico (1).

Io ora devo dire, volendo dir poco, che queste sono parole incaute. Abbiamo veduto infatti che l'atto del magistrato è perfettamente legittimo sempre, tanto se il collega non si oppone, quanto se si oppone. Se non si oppone, l' atto oltre che essere legittimo resta valido, tanto se l'opposizione mancò, perchè il collega non volle opporsi, quanto perchè non potè opporsi. Se si oppone, allora l'atto legittimo viene invalidato e cade nel nulla. Se il magistrato agente continua tuttavia in esso, commette un delitto capitale.

Il nostro testo dice circa il condominio il contrario di questo. Esso dispensa il socio che di suo arbitrio compì l' opera dall' obbligo di distruggerla non più semplicemente se il consocio non si oppose, ma se non si oppose *potendo opporsi*. La proposizione del Fadda : « proprio come nel caso della collegialità magistratuale » va quindi convertita nell' altra : « proprio come *non è* nel caso della collegialità magistratuale ».

Non basta. Il nostro testo dice anche che, pur quando il socio è esente dall' obbligo di distruggere l' opera da lui compiuta, perchè il consocio, potendo opporsi, non si oppose, egli resta tuttavia tenuto al risarcimento dei danni. Perchè ora un privato sia tenuto per i danni da lui cagionati con l' atto proprio, occorre che l' atto sia *non iure factum*. Vuol dire adunque che anche nel caso di opposizione mancata,

(1) Pag. 144.

perchè il socio, che poteva opporsi, non volle opporsi, anche allora l'atto compiuto dal socio di suo arbitrio resta illegittimo. La legge non fa che sopprimere in tal caso la conseguenza più grave dell' illegittimità, ossia l' obbligo di distruggere l' opera, ma lascia l' altra : l'obbligo del risarcimento. E ancora una volta perciò la proposizione del Fadda « proprio come nel caso della collegialità magistratuale » va convertita nell' altra : « proprio come *non è* nel caso della collegialità magistratuale ».

Se il Fadda, dopo averle citate e tradotte, non si fosse dimenticato di quelle poche parole della l. 28 : « si cum prohibere poterat, hoc praetermisit » che separano violentemente collegialità e condominio e non si fosse dimenticato anche di codesto principio che un atto dannoso obbliga al risarcimento soltanto se è fatto *non iure*, egli non sarebbe stato cieco al bianco che il diritto pubblico dice circa la collegialità e al nero che il diritto privato dice circa il condominio. E specialmente non si sarebbe lasciato indurre a notare, per mantenere un parallelismo insussistente ed insostenibile, che quell' azione di danno che il socio, che non si oppose, serba sempre contro il socio che agì a suo arbitrio, nel caso della magistratura mancava perchè un magistrato non può avere azione di danni contro l' altro, ma che era come surrogata dal giudizio pubblico. È verissimo infatti che un magistrato non può agire per danni contro un altro ; è anche verissimo che il magistrato, che agì senza l' opposizione del collega, può essere chiamato a rispondere dopo l'ufficio se col suo atto danneggiò la repubblica. Ma è anche verissimo questo che in un simile procedimento non veniva mai in questione la legittimità dell' atto. Non veniva in questione, perchè l'atto era legittimo, ed essendo mancata l' opposizione, restava inoltre valido. Onde la responsabilità del magistrato, che si faceva valere in tal caso, poteva essere soltanto politica e non giuridica. Il sindacato pubblico contro il magistrato, che agì senza l' opposizione del collega, non costituisce dunque nè un surrogato nè un parallelo dell' *actio communi dividundo* per i danni ammessa tra soci.

Ciò posto, la frase *invito altero* del principio del nostro

testo non può evidentemente significare altro se non che : *senza il consenso*. Se io non agisco *iure* a mio arbitrio mai sulla cosa comune, perchè, anche se manca per qualunque motivo l'opposizione del socio, io rispondo sempre per lo meno dei danni, ciò significa che per agire *iure* e liberarmi da ogni responsabilità, io devo avere il suo consenso. E « senza il consenso » è infatti la traduzione che della nostra frase hanno fatto ab immemorabili tutti gli interpreti.

Gli interpreti hanno tutti quanti torto, secondo il Fadda. Certo ci sono parecchi testi, egli scrive, dove *invitus* è recisamente inteso non già nel senso di uno che si opponga positivamente, ma in quello di uno, di cui non è provato l'assenso. Tali sono fr. 3. 3. 8, 1 ; 8. 2. 5 ; 23. 2. 45, 5. Ma questi passi affermano un' interpretazione della parola nel singolo caso. « Che del resto, egli conclude, « *invitus* » sia inteso anche nel senso di chi si oppone appare da altri passi delle fonti » (1).

Questi altri passi disgraziatamente egli si è scordato di citarli. Perchè ?

Il perchè è chiaro ; perchè non ci sono. E non ci sono, perchè non possono esserci. Nei testi giuridici come nei letterarii *invitus* indica uno stato d'animo ; lo stato d'animo precisamente che consiste nel non volere ciò che vuole un altro. Il non volere può ridursi semplicemente a non avere nessuna volontà, nè conforme nè contraria a quella dell' altro. Può invece salire fino ad essere una volontà contraria. Quindi *invitus* significa sia *senza*, sia *contro* la volontà, restando fondamentale e costante il *senza*, perchè il *contro* rispetto al *senza* è il più, che comprende il meno. Significhi però il meno od il più, la parola esprime, ripeto, sempre uno stato d'animo. È perciò una pretesa del tutto arbitraria quella del Fadda che qualche volta possa significare *chi si oppone*. L'opporsi è un atto esteriore. E *invitus*, indicando uno stato dell' animo, non può indicare un moto del corpo. Di chi si sia opposto si potrà e dovrà quindi dire che fu

(1) Pag. 145. Avverto che nel Fadda invece di « chi si oppone », è detto « chi non si oppone ». Il *non* non può essere però, come risulta dal contesto, che un errore di stampa.

invitus, perchè, se si è opposto, ciò significa che non volle. Ma dal dirsi di uno che fu *invitus*, cioè che non volle, non può desumersi che costui si sia opposto. La parola, indicando uno stato dell' animo, non tocca per nulla gli atti o le circostanze da cui può desumersi l'esistenza di esso.

Vero è che indicando *invitus* chi non vuole, il termine antitetico ad esso è *lubens*, ossia chi vuole, chi consente. E tanto perciò si può esprimere la regola che alla validità dell' atto di uno occorre il consenso di un altro, dicendo che quegli non può agire *invito altero*, quanto dicendo che quegli può agire *si alter consentiat*. Noi troviamo ora più volte in relazione a certe ipotesi, nelle quali la regola è formulata in questo secondo modo, o applicato o dichiarato il principio che il requisito è verificato se non sia manifestato il dissenso. Basterà che citi per l' applicazione del principio l. 53 D. 17. 1 ; l. 31 § 1 D. 39, 5 ; per la dichiarazione di esso l. 7 § 1 D. 23. 1 ; l. 12 pr. D. eod. ; l. 2 § 2 D. 24. 3. Ciò importa che se la regola fosse nelle stesse ipotesi formulata nel primo modo, le stesse sentenze verrebbero a dire che il non consenso si ritiene esistente solo quando si contraddica. È forse a simili sentenze che il Fadda allude accennando ai testi, che non nomina, da cui risulterebbe che *invitus* può essere anche soltanto colui che contraddice? Se così fosse, sbaglierebbe ancora. Per lo stesso motivo per cui *invitus* non può indicare chi contraddice, ma chi non vuole, consenziente non può dirsi chi non contraddice, ma chi vuole. Per questo i romani in tutte codeste sentenze non fanno equivalente il non contraddire al consentire, ma considerano il non contraddire soltanto come la condotta, l'atto in cui si manifesta il consenso. Se in qualche testo è contrapposto *consentire* a non contraddire, come avviene in l. 2 § 2 D. 24. 3 : « utrum sic accipimus ut consentiat an vero ne contradicat filia », ci troviamo innanzi solo ad un uso di *consentire* nel senso dell' atto di dir di sì, che è proprio del linguaggio volgare. Lo stesso testo prova che quando si tratta di stabilire perchè il non contraddire basti, ha cura di avvertirci che basta non come atto del corpo semplicemente, ma come atto che rivela lo stato d' animo, ossia il consenso : « filiam, nisi evidenter

contradicat, videri consentire patri ». Il requisito del consenso non è adunque abbandonato, per essere sostituito da quello di una data condotta, ma è mantenuto. Appunto per questo, se le circostanze in cui non avviene la contraddizione sono tali che la non contraddizione non può ragionevolmente valere per consenso, come se chi deve consentire è assente o non sa, mentre è capace di volontà, allora la non contraddizione non vale per consenso. Ciò è detto nella stessa legge. Persino dove i romani suppongono un incapace di volontà, di cui si richiede il consenso, persino allora, se vogliono ritenere verificato il requisito del consenso, devono scrivere come si fa ancora nella nostra legge : « nam ubi non potest per dementiam contradicere, consentire quis eam merito credet ». Se i nostri giuristi, anzi che dire che il padre non può ripetere la dote « aliter quam ex voluntate filiae » (l. 2 § 1 D. 24. 3) avessero detto che non la può ripetere *invita filia* e, anzi che discorrere del quando v' ha il consenso, avessero discorso del quando non v' ha, avrebbero quindi affermato che non v' ha solo quando la figlia contraddica. Ma, dicendo ciò, per quanto abbiamo osservato, non avrebbero adunque inteso di affermare che è l' atto della contraddizione che impedisce la ripetizione ; avrebbero invece inteso pur sempre di affermare che la ripetizione è impedita dal non consenso ; e dunque che è lecita solo per il consenso.

Gli interpreti che nel nostro testo hanno sempre tradotto *invito altero* per « senza la volontà dell' altro » hanno avuto quindi mille ragioni di far ciò. Essi hanno tradotto il termine *invitus* qui come lo traducono e come si deve di necessità tradurre nella l. 6 pr. D. 29, 2. Ulp. 6. ad Sab. : qui in aliena est potestate non potest invitum hereditati obligare eum in cuius est potestate, ne aeri alieno pater obligaretur ; come lo traducono e come si deve di necessità tradurre in Gaio 3. 195 : furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat ; come lo traducono e come si deve di necessità tradurre in Ulp. 22, 24 : inter necessarios heredes, id est servos cum libertate heredes scriptos, et suos et necessarios, id est liberos qui in potestate sunt, iure civili

nihil interest : nam utrique etiam inviti heredes sunt; come lo traducono e come si deve di necessità tradurre in Paolo 2. 25. 5 : filius familias invitus emancipari non cogitur ; come insomma lo traducono e come si deve di necessità tradurre sempre, senza eccezione, anche in causa della buona avvertenza contenuta in l. 45 § 5 D. 23, 2. ove di chi non contraddisse, perchè ignorò, si dice : rectius enim hic invitus dicitur quam qui dissensit.

Il Fadda potrebbe tuttavia ancora difendersi ragionando così : a me non importa che i romani abbiano visto un consentire nel non contraddire ; io non guardo alla loro opinione ; guardo al fatto. Ora il fatto si è che chi si limita a non contraddire non consente ; e quindi, come è possibile che consentire si riduca a non contraddire, così nella l. 28 è possibile che non consentire si estenda sino a contraddire.

Io ora mi guarderò bene dall' entrare nuovamente nella questione se ed in quanto il non dir di no possa significare dir di sì. E per non entrarvi, accetto quella che a me pare una teoria insostenibile, ossia che il non dir no non possa mai significare dir di sì. Anche ammesso, contro i testi e contro la logica questo, chiunque dovrà però riconoscere che, dov' è richiesto il consenso, è necessaria una dichiarazione del testo, perchè la parola perda il suo significato comune ed assuma quello di non contraddire ; e dove si parla quindi di *invitus* è necessaria una dichiarazione del testo perchè la parola perda il suo significato comune ed assuma quello esclusivo di contraddire.

Nella l. 28 una dichiarazione simile manca. C' è forse qualche cosa che vi equivalga ? Secondo il Fadda si deve rispondere affermativamente. Egli scrive « che poi nella regola nostra « *invitus* » significhi solo colui che si oppone appare evidente da ciò che la regola non contiene altro se non l' attribuzione di uno *ius prohibendi*. È chiaro che « *prohibere* » non può dirsi di colui che, potendo opporsi, non si oppose » (Pag. 145). Altro che chiaro ! Chiarissimo, come la luce del sole. Soltanto il Fadda confonde la regola con la deduzione dalla regola. La regola è : « in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse ».

La deduzione è il diritto di prohibire: « unde manifestum est prohibendi ius esse ». È appunto perchè questa seconda proposizione è una deduzione da quella prima che essa riesce sensata. Se nella prima *invitus* significasse chi si oppone, essa riuscirebbe invece la più inutile delle tautologie. Io non me lo so immaginare un giurista della forza di Sabino che prima scrive: nella cosa comune nessuno dei soci può far nulla se l'altro si oppone e poi seguita dicendo: e quindi esiste il diritto di opporsi! In realtà questo discorso Sabino non lo ha fatto. Egli ha messo in buono e limpido rapporto logico le due proposizioni. Prima ha detto la regola e la regola contiene l' indicazione dello *stato d' animo* dell' altro socio perchè l'atto di uno sia valido; cioè il consenso. Di qui ha dedotto l' *azione* che resta perciò lecita all' altro socio, ha dedotto cioè che può opporsi.

Siccome i rapporti logici fra le idee si impongono necessarimente a tutti i cervelli bene costituiti così troviamo che Pomponio non scrive diversamente da Sabino.

L. 27 § 1 D. 8. 2. Pomp. 33 ad Sab. Si in area communi aedificare velis, socius prohibendi ius habet, quamvis tu aedificandi ius habeas a vicino concessum, quia invito socio in iure [re scrib.] communi non habeas ius aedificandi.

Anche in questo testo si attribuisce al socio il *ius prohibendi*, ma non lo si confonde colla regola; lo si deduce da essa. Il *quia* di Pomponio, vale l' *unde* di Sabino.

E sia pur vero questo, può ancora osservare il Fadda; resta ad ogni modo che dalla regola è dedotta non una facoltà di consenso, ma di proibizione. Ed io non lo nego. Ma il dedursi questa e non quella si spiega ben altrimenti che supponendo che non esistesse la necessità del consenso ed esistesse solo la facoltà di proibire. Ciò si spiega col fatto che dal sapere che alcuno non può fare una cosa senza il consenso di un altro non si deduce mai il diritto di questo di consentire. Non si può concepire e sentire come un diritto la facoltà di volere quel che un altro vuole. Si concepisce e sente invece come diritto soltanto la facoltà di volere quello che un altro non vuole o di non volere quello che un altro vuole. E quindi dal sapere che uno non può fare una cosa

senza il nostro consenso, si deduce come diritto soltanto la facoltà di vietare, di proibire. Sabino e Pomponio, scrivendo al modo veduto, non fanno quindi che uniformarsi a un pensiero e ad un linguaggio che è di tutti, perchè è necessario ed è necessario, perchè scaturisce dal concetto stesso di diritto subbiettivo, il quale è sempre facoltà non di seguire il volere altrui, ma di contrapporvi il nostro.

La facoltà di veto la troveremo perciò menzionata da sola sempre anche nei casi ove è più sicuro che uno non può fare una cosa senza il consenso di un altro. Un caso simile è per eccellenza ad es. la proprietà solitaria. Senza il consenso del proprietario solitario nessuno può intervenire nella cosa sua. Lo stesso Pomponio ora che ha scritta la legge citata sul condominio, scrive sul dominio questa :

L. 14 pr. D. 8. 5 Pomp. 33 ad Sab. Si, cum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna quae antea habueris : si nova velis immittere, prohiberi a me potes.

Perchè è menzionato qui il solo diritto di proibire, sosterrebbe forse il Fadda che occorreva la contraddizione perchè costui che pretendeva di ampliare la sua *servitus tigni immittendi* non potesse immettere nuove travi?

Possiamo adunque tranquillamente concludere che non solo manca nella l. 28 quella dichiarazione esplicita che sarebbe a rigore necessaria, perchè *invitus* vi significasse « chi si oppone » ; ma manca qualunque frase equivalente, qualunque indizio persino che renda, non dico probabile, ma neppure possibile una simile interpretazione. E bisogna perciò accettare il significato indubbio ordinario, generale del termine stesso, quello che gli attribuisce a questo luogo l' opinione comune.

La quale opinione comincia nientemeno che coi compilatori. Il Fadda dà, come si è detto, per interpolata la proposizione : « sin autem facienti consensit nec pro damno habet actionem ». Ed è veramente molto probabile che sia tale. Ma i compilatori non hanno potuto scrivere « sin autem facienti consensit » che a condizione d' intendere per « *invitus* » colui che *non consentit*. Se infatti il solo consenso esclude la responsabilità dell' agente, ne segue che il solo

non consenso basta a mantenerla, ossia a rendere l'atto *non iure factum*. L'argomento non può essere dal Fadda superato che ammettendo che i compilatori siano stati così sottili scrittori da usare il *consensit* anch' essi, senza alcuna dichiarazione esplicativa, nel senso straordinario di non opporsi, di non contraddire, mettendolo così in armonia col senso straordinario che avrebbe « *invitus* ». Io non oso però attribuirgli un così arduo ed audace pensiero. Eppure, se egli non fa questo, gli conviene ammettere che tra il diritto classico e il giustinianeo ci sia un abisso : quello si accontenterebbe per la validità dell' atto del socio che l'altra parte non contraddica ; questo esigerebbe che l'altra parte consenta. Questo è ora un pensiero anche più arduo ed audace del precedente. Del quale del resto nel suo scritto non v' ha cenno.

Tutto quanto ho detto sinora a favore dell' opinione comune e contro quella singolare del Fadda potrebbe tuttavia avere poca efficacia sull' animo del lettore, il quale trovasse logico che, dati più titolari dello stesso potere, l' uno possa fare ciò che vuole sino a che l'altro non contraddice e trovasse illogico che l' uno non possa far nulla sino a che l' altro non consente. E vado pensando che sia appunto il senso della logicità di quel principio e dell' illogicità di questo che inspira la tesi, che sto combattendo.

Mi conviene perciò osservare che veramente non è più logica o più illogica l' una anzi che l' altra deduzione. Dall' attribuzione di pari poteri a più persone scaturisce soltanto questo : la necessità di stabilire i rapporti di esercizio tra i poteri stessi. È un problema adunque che codesta attribuzione fa sorgere ; non una soluzione del problema. La soluzione non può derivare che dall' indole e dallo scopo dei poteri. E basta avvertire questo per comprendere che entrambi i principii veduti : potestà di un titolare del potere di far tutto quel che vuole sin che l'altro non contraddice ; nessuna possibilità che l'uno faccia alcun che senza il consenso dell' altro possono essere due soluzioni ugualmente logiche in ragione della diversità dei poteri. Ma è da soggiungere che codeste due soluzioni non sono neppure le sole

possibili. Può avvenire che l'indole e lo scopo dei poteri importi una terza soluzione, cioè che non solo dei più titolari uno non possa far nulla senza il consenso dell' altro, ma che devano addirittura agire tutti insieme. È anche possibile una quarta soluzione diametralmente opposta a questa, cioè che ciascuno possa fare quel che vuole consenta o non consenta, contraddica o non contraddica l'altro. Il che è specialmente possibile là dove i pari poteri si esplichino in atti tali, da rimanere esclusa la possibilità che l'atto che vuol compiere l' un titolare incontri un ostacolo fisico al suo compimento nell' atto che vuol compiere l'altro. Queste due ultime soluzioni non me le invento. Le troviamo sancite rispetto alla contutela. I tutori legittimi e dativi devono prestare l' *auctoritas* insieme (Ulp. 11, 26) per rendere valido l' atto del pupillo; non basta adunque il consenso o la non contraddizione degli altri all' *auctoritas* prestata danno. Dei tutori testamentarii ciascuno può prestare l' *auctoritas* per suo conto e, prestata, l' atto è valido, senza che conti il non consenso o la contraddizione degli altri (1). E quando Giustiniano parificò i tutori legittimi e dativi agli altri, ordinando che basti l' *auctoritas* di un solo, fece eccezione per il caso che l' affare di cui si tratta importi la soluzione della stessa tutela. Nel qual caso dichiarò : *necesse est omnes suam auctoritatem praestare* (L. 5 § 2 C. 5. 59). Questo caso della contutela, che è del resto ricordato in relazione alla collegialità dal Karlowa (2), mi serve bene per il mio argomento anche per questo che noi troviamo due soluzioni opposte applicate, anzi che a poteri essenzialmente diversi, a poteri fondamentalmente uguali e solo in un punto diversi, cioè nell' essere la tutela legittima intesa come un diritto del tutore e ogni altra come un suo ufficio. Vuol dire adunque che nel risolvere il problema del modo con cui vanno regolati poteri identici attribuiti a più persone il diritto non solo ha riguardo alle differenze salienti tra i poteri, ma persino alle lievi differenze, alle differenze, starei per dire, di tinta, che possono

(1) Vedi Rudorff *Das Recht der Vormundschaft* II p. 231.
(2) *Röm. Rechtsgesch.* I pag. 136.

sussistere tra poteri nel resto uguali. Il ricordo della riforma giustinianea insegna un' altra cosa, che non ho detta, cioè che, come il diritto ha riguardo alle differenze tra i poteri, ha anche talora riguardo alla natura degli atti, a cui il potere legittima. Onde per certi atti può risolvere il problema accennato in un modo e per altri in un altro.

Una volta che ci si persuada di questo, si troverà che essendo la magistratura una cosa e la proprietà un' altra, la logica, tutt' altro che volere che il condominio fosse regolato nella sua esplicazione come la collegialità, voleva invece che fosse regolato in modo diverso anzi opposto, e precisamente in quel modo che noi sosteniamo.

Il potere del magistrato è un diritto bensì, ma è anche uno di quei diritti che non costituiscono se non una funzione. Il suo concetto si esaurisce in quello di *imperium* o *potestas*, cioè di una facoltà di comando. Si esplica perciò in *iussus*: in ordini, in disposizioni, a cui gli altri devono obbedire. Come tale manca di oggetto. Il magistrato non ne è investito, perchè gli sia mezzo di godimento personale, perchè serva al suo interesse privato, ma perchè se ne giovi per il bene pubblico. Questo diritto non è che il potere regio nei consoli o parti staccate del potere regio negli altri magistrati. Roma, istituendo la repubblica, non abolisce il Re; essa invece non fa che mettere due Re al posto di uno e ridurre il regno annuale. Ma, appunto perchè a questo si riduce l' istituzione della repubblica, come il Re poteva comandare ad arbitrio senza bisogno del consenso di nessuno; anche il console di necessità può comandare ad arbitrio senza bisogno del consenso di nessuno. Questa pienezza d' impero attribuita al console rendeva dei segnalati servigi. Esaltava il senso della propria responsabilità nel magistrato, metteva in chiara luce il merito e il demerito personale, concedeva prontezza ed energia di decisioni. La sostituzione di due Re ad uno, come la riduzione del regno ad annuale si uniforma alla mentalità di un' aristocrazia, che si sente investita del diritto di signoreggiare lo Stato mediante il sovrano e perciò non vuole essere da questo signoreggiata. Coll' annualità richiama a sè a periodi brevi e costanti la potestà regia

per conferirla ad altri suoi uomini. Istituendo i due Re, essa mira da un lato a governare meglio lo Stato, perchè i due possono provvedere all' esercizio delle molteplici funzioni regie meglio dell' uno ; dall' altro ad avere una difesa contro l'arbitrio mantenuto del Re. La difesa era data dalla possibilità di un conflitto di voleri tra sovrani. Ora, dove più possono arbitrariamente comandare, se l'uno vuole il si e l' altro contemporaneamente vuole il no, di necessità chi vuole il no deve vincere su chi vuole il si. Il *ius prohibendi* del console contro l'altro non è così la conseguenza meramente del pari potere dei consoli ; ma del pari potere *regio* dei consoli ; esso deriva dall' essere codesto potere un potere di comando, e un potere di comando arbitrario, che ha tutta la forza e l'autonomia che aveva anticamente il potere dell' unico Re.

Ma il *veto* deve seguire prontamente all' atto. Ci dev' essere una contemporaneità del volere dell' un console e del contrario volere dell' altro, perchè questo volere tolga forza a quello. Altrimenti il volere positivo, sempre necessariamente legittimo, ha il suo corso. Un romano avrebbe inorridito all' idea che l' atto del magistrato stesse soltanto se il collega, *potendo opporsi*, non si oppose. Avrebbe inorridito in linea di logica, per il motivo or ora detto. Dove non c' è un conflitto di voleri tra colleghi, qualunque sia la causa per la quale il conflitto è mancato, l'atto di chi legittimamente volle deve rimanere. Avrebbe inorridito in linea di necessità pratiche. Codesto principio avrebbe importato che tutte le infinite volte in cui un console per assenza, infermità, ignoranza, non avesse potuto opporsi all' atto del collega, l'atto stesso sarebbe stato soggetto ad essere annullato, sinchè egli non fosse tornato in condizione di poter opporre il suo veto. La vita e l'attività dello Stato sarebbe stata così ad ogni momento giuridicamente *in suspenso*. Siccome gli affari pubblici soffrono meno di un ritardo che di un' incertezza, piuttosto che sancire un principio simile, i romani avrebbero certo preferito di abolire il potere regio dei consoli, subordinando la legittimità dell' atto di ciascuno al consenso o alla cooperazione dell' altro.

In antitesi coi magistrati colleghi i condomini hanno

ciascuno un diritto, che non è una funzione; un diritto in cui s' incorpora un loro interesse privato e non un interesse pubblico. Questo diritto ha un oggetto : la cosa. Quale è questo diritto? Con la stessa sicurezza con la quale gli antichi ci dicono che il console ha il potere regio, essi ci dicono mille volte che il diritto del condomino è il dominio : il dominio sulla quota, dove pensano alla quota; il dominio sulla cosa dove pensano alla cosa, e per gli atti di disposizione materiale non pensano necessariamente che a questa. Il dominio ora non è una facoltà di comando; non è un *imperium*, nè una *potestas*; non si esprime in ordini; non è una forza, che si manifesti interrottamente in azioni; è uno *stato* di libertà d'azione di cui alcuno gode rispetto ad una cosa, derivante da ciò che la legge vieta agli altri cittadini d' intervenire nella cosa senza il suo consenso, mentre a lui lascia lecito d' intervenirvi senza il consenso di nessuno. Questo concetto del dominio esclude a mio avviso che i condomini possano essere domini. I romani pensarono tuttavia altrimenti. Con ciò crearono non la *possibilità* di un mero conflitto di *voleri* ugualmente legittimi scaturenti da poteri paralleli, che è la possibilità inerente alla collegialità, ma il *fatto* di un conflitto di *poteri*, tale per cui si verificava, a tenore di legge, una reciproca esclusione dei soci dalla cosa. Questo conflitto recava però in sè la sua possibile soluzione. I soci che come proprietarii si escludevano reciprocamente dalla cosa, potevano anche come proprietarii reciprocamente concedersi d' intervenire nella cosa. Il consenso di tutti gli altri all' atto dell' uno rendeva legittimo l'atto, che compiuto arbitrariamente sarebbe stato illegittimo. Cosi, mentre nella collegialità il conflitto nasce dal volere, sta nell' ambito di questo e non può essere tolto che cedendo l' un volere all' altro; nel condominio nasce dal potere ed è tolto dal volere. E dove il volere non lo dirima, non resta che sopprimere colla divisione la causa del conflitto, cioè il potere.

Come il diverso regolamento dato dai romani allo coesistenza di poteri pari di magistrati e di poteri pari di condomini è logico, cosi è anche pratico. Della praticità del

regolamento della collegialità si è detto. L'evidenza della praticità di quello del condominio non risulta meglio che considerando quale insidiosa e ruinosa cosa sarebbe il condominio, se fosse esatta la tesi del Fadda. Posto che il diritto di veto fosse in questo ordinato come è quello della magistratura, si avrebbe che la volontà e l'interesse privato di un condomino sarebbe ad ogni momento in pericolo di essere sacrificato alla volontà e all' interesse privato degli altri condomini. Questi non avrebbero che ad approfittare dell' ignoranza in cui quello è ancora del suo diritto, ignoranza facilissima a verificarsi, o di una sua infermità, di una sua assenza, di una momentanea omissione di sorveglianza da parte sua, per agire a loro libito sulla cosa comune. Il socio danneggiato non avrebbe rimedio. La sua tardiva opposizione infatti non avrebbe alcun valore innanzi ai fatti compiuti.

Che se il Fadda dicesse che quei danni che io rilevo non c' erano, perchè diversamente da quel che avviene nella collegialità, l'opposizione nel condomino giova anche rispetto agli atti passati, se si faccia, appena si può fare, allora io tornerei a dire che questo solo principio pone un abisso tra collegialità e condominio. Tanto che mi dispiace assai che il termine « collegialità » sia femminile. Se fosse maschile, direi che la collegialità che egli pone tra i condomini rispetto a quella che esiste tra magistrati è una collegialità evirata ; onde l' una somiglia all' altra così come un eunuco somiglia ad un uomo.

La possibile obbiezione del Fadda mi apre la via ad un' ulteriore osservazione di primaria importanza. Abbiamo veduto com' è minutamente regolato l'esercizio del *ius prohibendi* dei magistrati. Come va ora che le nostre fonti non contengono alcuna regola sull' esercizio del *ius prohibendi* dei condomini, e quella sola che si trae dalla l. 28 cioè la possibilità di opporre utilmente il veto anche lungo tempo dopo l'atto, è diversa da quella che vale per la collegialità? Per questo ; perchè un diritto di veto che abbia il carattere, il senso, il valore del *ius prohibendi* del collega non trova posto nella comproprietà; non entra in essa. L'intercessione

del magistrato contro il collega è un atto legittimo d'impero che si oppone ad un altro atto pur legittimo d'impero e lo annulla. Si è perciò in essa fuori della logica del consenso (1); si è in quella del contrasto fra due atti legittimi d'impero. La legge attribuisce al collega nel *ius prohibendi* soltanto un potere di controcomando. I controcomandi non possono che seguire al comando; e se per qualsiasi motivo mancano o tardano a seguire, il comando non può che stare ed avere il suo corso.

In antitesi il condomino proibente non è altro che un condomino non consenziente che manifesta il suo non consenso. Qui perciò trova luogo la logica del consenso. Ed è perchè non v' ha un diritto autonomo di proibire, perchè il proibente è un mero non consenziente che il diritto non ha nulla da dire intorno al tempo, al modo, agli effetti della proibizione. Esso si rimette alle norme generali sul consenso. Ne viene che un condomino può acconsentire utilmente all'atto dell' altro prima che avvenga. Con ciò dà anticipatamente legittimità all' atto ; nè può più toglierla con un suo dissenso posteriore. Può consentire molto tempo dopo l'atto, sanando così l'illegittimità originaria di esso. Può consentire utilmente con questo effetto, anche dopo di avere proibito. E può proibire così prima che l'atto avvenga che mentre avviene. Può proibire personalmente o in qualunque altro modo ecc. ecc. Siamo evidentemente in altro mondo con questo *ius prohibendi* del socio da quello in cui siamo coll' intercessione del collega. E mi stupisce che il Fadda non l'abbia sentito.

---

(1) E noi vedemmo infatti che il consenso e il dissenso sono due fatti ugualmente indifferenti entro la collegialità. Il console che consente prima dell' atto all' atto del collega non fa nulla ; egli non rende legittimo l'atto, che è legittimo come espressione della sola volontà dell' agente e non priva sè della facoltà d' intercedere dopo che sia avvenuto. Il console che dissente prima dell' atto non fa nulla. Non rende invalido al suo nascere l' atto del collega, e non obbliga sè stesso ad intercedere poi. Il console che consente dopo l' atto non fa ancora nulla : se non intercedette, l'atto resta legittimo, ripeto, come espressione della sola volontà del collega; se intercedette, col suo consenso posteriore non ridà vita e forza ad un atto caduto. Il console che dissente dopo l' atto non fa ancora nulla, per quanto apertamente manifesti la sua disapprovazione, se non intercede.

Sentì però un' altra cosa, che torna a sostegno della opinione comune e mia, e che sta contro alla sua, cioè che conviene concepire in modo pari magistratura e dominio, per pareggiarle circa il *ius prohibendi*. Questa parificazione concettuale dei due poteri egli però non la espresse, certo intendendo che non è possibile. Si limitò molto abilmente a parlare un paio di volte di una prevalenza del divieto sul comando (p. 141, 142) tanto rispetto alla collegialità che alla comproprietà, dicendo così quanto occorreva per incitare il lettore a concepire anche il dominio come una potestà di comando, ma non quanto bastava a compromettere sè stesso.

Dove si compromise fu in un' altra parificazione.

Perchè la legge 28 dice che il socio, che compì sulla cosa comune un' opera senza l'opposizione dell' altro non è costretto a togliere l'opera, si è immaginato che questo principio fosse identico all' altro che l'atto del magistrato non è cassato se il collega non si oppone. Egli mise dentro al paragone maggiore un paragone minore, questo : il muro alzato senza opposizione resta, come resta il decreto del magistrato emanato senza opposizione. Il non essere « posto nel nulla » (1) il muro, diventò un fatto pari per lui al non essere « posto nel nulla » il decreto. Non si accorse che così egli parificava un annientamento materiale che non succede, ad un annientamento giuridico, che non succede, quasi che i due annientamenti fossero per concetto pari. Non sono. Il non essere annientato il decreto, se manca l'opposizione, vuol dire che il decreto serba la sua validità. Il non essere annientato il muro vuol dire che il muro resta materialmente in piedi, ma il restare esso materialmente in piedi non ci dice nulla sul punto se fu messo e resta giuridicamente in piedi, se cioè fu legittimamente costruito o no.

Ora il fatto che il costruttore deve risarcire il danno mostra, come si è notato, che il muro non fu legittimamente costruito. Ma si può andare più in là. La legge 28 dice che il socio agente, mentre l'altro poteva opporsi e non si

(1) Op. cit. pag. 144 in fine.

oppose, non può essere costretto a togliere l'opera. Ciò significa : non può essere costretto a toglierla a sue spese. Ma ciò non significa : l'altro socio è costretto a tollerarla ; non significa che chi la costruì goda del *ius prohibendi* contro il socio che la voglia abbattere a sue spese. La legge su questo punto non si pronuncia. Resta quindi aperto il quesito, se queste opere costruite illegittimamente da un socio siano considerate come uno stato di fatto, che nessun socio può alterare senza il consenso degli altri soci, compreso il socio costruttore, o se invece il non avere un socio esercitato, potendo esercitarlo, il *ius prohibendi* abbia il solo effetto che egli perda il diritto di far rimuovere l'opera a spese del costruttore, ma serbi quello di rimuoverla lui a spese proprie, anche se tutti gli altri soci vogliano conservarla. La soluzione logica a me parrebbe la seconda. Alla quale non nuoce la volontà di Giustiniano che l'opera sia tolta, anche se avvenuta nonostante la proibizione, soltanto se giova a tutta la società che sia tolta (l. 26 D. 8. 2) ; perchè l'utilità obbiettiva non ha nulla a che fare colla volontà subbiettiva. Secondo codesta soluzione ora il muro non rimarrebbe neppure materialmente in piedi. La mancata opposizione, che non toglie l'illegittimità della costruzione, non impedirebbe neppure che questa cada anche materialmente nel nulla.

Codesto silenzio della nostra legge e il dubbio, a cui dà luogo, e quella specie di poco logica transazione per cui il mancare l'opposizione mentre il socio può opporsi, non vale per consenso che dia legittimità all' atto, ma tuttavia basta a distruggere l'effetto principale dell' illegittimità, ossia il diritto che l'opera sia tolta, è un' altra ottima ragione per me di pensare, d'accordo in ciò col Segrè, che l'interpolazione della nostra legge sia maggiore di quella che il Fadda ammette, e precisamente che la parte genuina del testo vada soltanto sino alla parola *constat*. E non so come il Fadda non abbia accettato questa opinione. Sfuggiva almeno al rilievo che il *ius prohibendi* del socio nella nostra legge è, quanto al riguardo ad un' opposizione volontariamente mancata, regolato in maniera opposta a quello del magistrato. Dopo tutto ciò che abbiamo detto, questa mag-

giore interpolazione possiamo ammetterla noi ed impunemente per la nostra tesi. Per codesta interpolazione perdiamo solo un' obbiezione contro il Fadda, ma restano tutti gli altri argomenti, che mostrano a lume di sole l'antitesi in cui sta l'intercessione del collega e la proibizione del socio (1).

Quest' antitesi risulta direttamente e apertamente dai nostri testi. Usciamo così dalla l. 28, che ci ha così a lungo intrattenuti.

L. 11 D. 8. 5 Marcellus 6 dig. ... et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi ius esse socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure [*re* Mommsen] velit.

Domando se si può dire chiaramente di così che il socio ha un solo diritto che esercita per sua sola volontà, ossia il diritto di proibire; ma non ha quello di fare; e non lo ha perchè ogni suo fare è un' invasione del diritto dell' altro socio. Domando ancora se, ciò posto, non scende come conclusione la necessità che consenta l'altro socio al fare, perchè il fare non sia più un *praeripere* il suo diritto. E se quindi nella frase iniziale di questa l. 11

---

1) Per la interpolazione di tutta la nostra l. 28 dalla parola *constat* in poi stanno le seguenti ragioni. La proposizione *sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest* è una ripetizione di ciò che è già detto prima. *In communi* è frase imperfetta; dovremmo leggere *in re communi*. Il verbo *poterat* nella frase: *si cum prohibere poterat* ha per soggetto espresso il termine *socius* contenuto nella proposizione dianzi citata, mentre bisogna intendere per soggetto non codesto socio che viene proibito, ma l'altro socio che proibisce. *Hoc praetermisit* è uno dei vaghi neutri cari ai bizantini; un classico avrebbe scritto: *non prohibuit*. *Et ideo* è illogico; non è perchè non si può esigere l'abbattimento dell' opera che compete l'azione di danno; questa competeva anche quando si poteva esigere l'abbattimento, se il danno c' era, in causa dell' illegittimità dell' atto. *Sarciri poterit* riesce strano ad indicare il diritto al risarcimento spettante al socio: dovremmo trovare: *sarcire debet*. *Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem* è una proposizione superflua e che manca di soggetto: questo bisogna vederlo nel soggetto sottinteso del verbo *poterat*, soggetto lontano e che ha il vizio prima notato. *Quod si quid* ecc. è una proposizione, in cui si muta nuovamente il soggetto, che torna ad essere il *socius* proibito, e si riduce l'ipotesi generale d'impossibilità di proibire, prima ammessa nella sua generalità come causa di esigere l'abbattimento dell' opera, al caso di assenza. Per l' interpolazione di questa ultima proposizione vedi Riccobono *Cristianesimo* pag. 18 n. 4.

an unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure aedificare possit

alla quale nel resto del frammento si dà una risposta negativa, *invitis* possa significare altro se non che « senza il consenso ». E da ultimo se adunque *invito altero* della l. 28 non deve significare lo stesso che *invitis ceteris* in questa.

Si provi un pò qualcuno ad applicare questa sentenza al caso dei magistrati e vedrà che eresia di diritto costituzionale ne sorge. Questo magistrato che agendo *praeripit* il diritto dell' altro magistrato non è mai esistito in Roma. Nei limiti della sua competenza ogni magistrato, facendo ciò che vuole, non invade per nulla il diritto del collega, mentre esercita il suo. Nessun magistrato, se si tolga i tribuni, che non sono magistrati, ha il mero *ius prohibendi*, ciascuno ha anzi tutto e principalmente il *ius faciendi*.

Vedasi ancora :

L. 8 D. 8. 2. Gaio 7 ad ed. pr. Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum [*eum* del. Mommsen] et reficiendi ius non est, quia non solus dominus est.

Anche qui dal non essere il socio il solo proprietario si trae un diniego del diritto di fare. E per dir questo non basta che l'altro socio abbia il diritto di proibire, occorre che sia necessario il suo consenso al fare. Quando di un console si è mai detto che non poteva fare le elezioni perchè non è il solo console ?

Alloraquando rimase stabilito che un socio può di suo arbitrio riparare la parete comune, si vide in questo non già la mera eliminazione del *ius prohibendi*, ma l'acquisto di una potestà che prima il socio non aveva. Tanto risulta dai seguenti testi.

Paolo 5, 10, 2 : de communi pariete utilitatis causa hoc coepit observari, ut aedificet quidem, cuius aedificare interest...

L. 32 D. 39, 2 Gaio 28 ad ed. pr. sed movet me quod ipse meas [*eas* scrib. Mommsen] aedes reficere possim.

L. 37 D. eod. Ulp. 42 ad. Sab. Quod si fuerit idoneus paries, qui demolitus est, in actionem damni infecti venit

id quanti interfuit actoris eum parietem stare : merito, nam si non debuit demoliri, restituere eum debet proprio sumptu.

Nel quale ultimo testo è notevole questo che Ulpiano collega l'obbligo del socio agente di rimettere a proprie spese le cose in pristino al solo fatto che la parete era idonea e non già anche all' altro che gli altri soci si opposero alla demolizione. Dell' opposizione non parla neppure ; il che significa che era un fatto indifferente circa l'illegittimità della demolizione. Questa era illegittima, mancando il consenso dei soci e mancando la necessità della demolizione, anche senza di essa.

L'idea della collegialità applicata al condominio avrebbe importato che gli atti giuridici relativi non alla quota, ma a tutta la cosa fossero validi anche se compiuti da un solo, salvo l'opposizione del socio. Invece troviamo questo principio : i soci non possono nè imporre una servitù alla cosa comune, nè acquistarla alla cosa comune se non agendo tutti quanti. Non basta adunque nemmeno il consenso dell' uno all' atto dell' altro. Occorre che ciascuno singolarmente compia l'atto d'imposizione o di acquisto, ad es. la *in iure cessio* ; e occorre ancora che chi ha fatto l'atto prima dell' altro conservi il suo diritto di condominio quando avviene l'ultimo atto. Il Fadda ha sentito la difficoltà che deriva da un simile principio alla sua teoria. E ha cercato di superarla in questo modo. Il principio che io sostengo, egli dice, vale soltanto per gli atti di innovazione. È certo invece « che coll' astensione dal divieto non resta convalidato un atto qualunque del condomino. Se questi, ad es., vende la cosa comune, non è valida la vendita solo perchè gli altri soci non si sono opposti. Qui occorre invece l'assenso positivo, perchè si tratta di privare gli altri del loro diritto. Lo stesso dovrebbe dirsi per ogni negozio giuridico, per la cui validità occorre l'assenso di tutti i condomini : esempio la costituzione di una servitù ». Egli seguita nel prediletto paragone notando che anche nella collegialità l'atto di un console è valido, se manchi l'opposizione, soltanto se l'atto cada nei limiti della sua competenza. Onde ad es. se un console si

proclamasse Re col consenso dell' altro l'atto sarebbe nullo. (Pag. 146).

C'è da chiedersi se il Fadda ha scritto sul serio tutto questo. Se un console si proclamasse Re, sia pure col consenso dell' altro, egli farebbe atto nullo perchè non ha la potestà di farsi Re nè da solo, nè col consenso dell' altro. Facendosi Re, sovverte il diritto obbiettivo; non abolisce solo il suo consolato e quello del collega ; abolisce il consolato. Lo abolisce con un atto rivoluzionario ; perciò con un atto di fatto e non di diritto. Nel condominio è invece compresa giuridicamente la facoltà di distruggere, non, s'intende, l'istituto del condominio, ma quel condominio che esiste sulla cosa. I soci possono d'accordo ad es. distruggere la cosa comune. Ora quale analogia possa sussistere fra un atto illecito di un console e un atto lecito conceduto dal condominio e quali deduzioni si possano trarre da quello per dimostrare l'esistenza di una certa regola rispetto a questo io non so davvero scorgere.

Ma lasciamo andare questo infelice richiamo di un console ribelle e trasvoliamo anche su certe imprecisioni contenute nelle parole citate, imprecisioni che sono mere amnesie (1). Fermamioci invece su quello che pare il pensiero meditato del Fadda e cioè che se non basta la mancata opposizione a convalidare la costituzione di una servitù che faccia un socio, e invece occorre l'assenso degli altri (dicasi più precisa-

---

(1) Non è esatto infatti che, se il socio vende senza l'opposizione dei soci la cosa comune, la vendita non è valida, ma lo diventa coll' assenso degli altri soci. La vendita che faccia un socio è validissima non solo senza il consenso ma persino coll' opposizione dei soci. Perchè chiunque può vendere anche la cosa altrui. Che se per « vendita » il Fadda intende, anzi che il contratto di vendita, l' alienazione, ancora ciò che dice non sta. Perchè il socio aliena validamente da solo la sua parte ; e non aliena quella dei soci neanche col loro consenso. La loro parte devono alienarsela loro. Il Fadda parla di un « assenso di tutti i condomini » pure circa la costituzione di servitù circa la cosa comune. L'assenso ora non c' entra nè come assenso degli altri soci all' atto diretto a costituire la servitù compiuto da uno ; nè come consenso manifesto in un atto di costituzione compiuto insieme da tutti. La costituzione di una servitù deriva da tanti atti autonomi quanti sono i soci. Questi li compiranno d'accordo, si capisce. Ma negli atti non si esprime l' accordo, nè essi valgono per l' accordo.

mente : e invece occorre che tutti compiano l'atto di costituzione) ciò dipende da questo che in tal caso « si tratta di privare gli altri del loro diritto ». La mancata opposizione è sufficiente in contrario nei soli casi di « atti d'innovazione » di « atti di disposizione sulla cosa materialmente considerata » perchè in tal caso il socio non fa che « esercitare il condominio » e « quindi » lo tiene fermo. (Pag. 146).

Parole incaute, devo dire, anche queste. Non è vero che il condominio sia esercitato soltanto quando lo si tiene fermo. Come si esercita il dominio distruggendo materialmente la cosa e con essa il dominio, così si esercita il condominio distruggendo la cosa e con essa il condominio. Onde il Fadda si pone da sè in questo bivio. Se ritiene che la distruzione della cosa comune sia compresa nell' esercizio del condominio, egli deve, stando alle sue parole, ammettere che basta la mancata opposizione a validare la distruzione fatta da un socio. Ma allora deve dirci perchè i romani quando si tratta di distruzione giuridica della cosa, come nel caso di manomissione di un servo comune, o di sepultura di un cadavere in un luogo puro comune esigono o tanti atti autonomi quanti sono i condomini (così nel caso di manomissione) o il consenso di tutti gli altri soci all' atto di un solo (così nel caso di sepultura) (1) e perchè ancora esigono tanti atti autonomi quanti sono i soci nel caso di costituzione di servitù, la quale è tale atto, che va compreso nell'esercizio del dominio, sotto un certo aspetto, con molto maggior ragione che non sia la distruzione della cosa. Se ritiene invece che la distruzione materiale della cosa comune non sia compresa nell' esercizio del condominio, perchè questo non resta fermo, allora deve ammettere che per codesta

(1) Ritengo per provato che il principio classico in materia sia quello che si trova in più testi e che esprime più efficacemente Callistrato in l. 41 D. 11. 7. : « si plures sint domini eius loci, ubi mortuus infertur, omnes consentire debent » onde il luogo diventi religioso. I temperamenti che troviamo sanciti in materia, assai probabilmente giustinianei, non toccano in ogni caso il fatto che il luogo non diviene religioso senza il consenso comune dei soci; e per giunta ancora non consistono nel rendere sufficiente alla legittimità dell' atto la mancata opposizione, ma nel dare un diritto indipendente d' agire al singolo socio nonostante l'opposizione.

distruzione occorreva il consenso di tutti i soci, che la regola della l. 28, cosi come egli la interpreta, non vale per questo caso e deve spiegarci allora questo strano fenomeno, che mentre i romani parlano cosi spesso della distruzione giuridica della cosa per dirci che occorre ad essa o l'atto o il consenso di tutti i soci, si siano dimenticati interamente di contemplare codesto caso della distruzione materiale e di affermare che in esso la regola della l. 28 non vale, e vale invece quella che regge la distruzione giuridica, quando il caso in discorso è di una frequenza inaudita non fosse altro in causa del poter essere in condominio cose consumabili e che vanno consumate, per poter essere godute, e della specificazione delle cose comuni, che importa quasi ogni industria esercita in comune.

È evidente che il Fadda non ha meditato sulla distinzione che fa. Troppe cose ha dimenticato. Ha dimenticato questo caso della distruzione materiale della cosa. Ha dimenticato che la regola sulla costituzione delle servitù non vale soltanto quando si tratta d'imporre una servitù sulla cosa comune, nel qual caso bene o male, piuttosto però male che bene, si potrebbe dire che non è tenuto fermo il condominio, perchè è diminuito ; ma vale anche quando si tratta di acquistare una servitù alla cosa comune, nel qual caso nessuno negherà che il condominio sia tenuto fermo. Ha dimenticato infine che non accade quasi « atto d'innovazione » sulla cosa comune, che non sia atto di distruzione. Si è mai modificato un edificio senza abbatterne parti ? Si è mai aperto un fosso senza distruggere piante ed arbusti ? Una regola che permettesse al socio senza l'opposizione degli altri le sole innovazioni che tengono fermo il condominio non sarebbe quindi una regola di libertà, ma d'insidia. Il socio che, fidando in essa, innovasse senza il consenso degli altri, si troverebbe sempre responsabile per avere, senza codesto consenso, innovando, distrutto.

Il vero si è che i romani non hanno mai pensato a distinguere fra atti che tengono fermo e atti che non tengono fermo il condominio, nè hanno mai pensato che fossero atti di esercizio del condominio soltanto quelli che lo tengono fermo.

Essi hanno fatto una sola distinzione : fra atti di disposizione materiale della cosa e atti di disposizione giuridica di essa.

I primi costituiscono un esercizio pieno e irrevocabile del condominio e sono tali che nessun socio li può porre in essere senza con ciò impedire un altro atto, là dove e allora quando egli compie il suo, di un altro socio. Quando un socio ha scavato, neppure la somma onnipotenza può fare che non sia stato scavato. D'altra parte là dove scava lui e quando scava lui, non può scavare un altro socio. Di qui la necessità di permettere che ogni atto di disposizione materiale sulla cosa fosse compiuto anche da un solo socio, ma col consenso degli altri. Il consenso rendeva l' atto di uno esercizio del diritto anche degli altri. Senza il consenso l'agente esercitava il suo diritto, ma violava l' altrui. La regola valeva anche per gli atti disposizione materiale che non tengono fermo il dominio. Quando alla regola si fecero le note o certe o discusse eccezioni, l'eccezione consistette meramente nel sopprimere per certi atti la necessità del consenso. Dovendo le cose essere continuamente utilizzate ed essendo esse utilizzate con molteplici vari atti successivi, non si prescrisse nessuna condizione di tempo o di forma alla manifestazione del consenso. Giustiniano mantenne questo principio classico ; ma un pò quel mezzo assenso che vide nel socio che, potendo opporsi, non si oppose e, più probabilmente, la volontà di impedire quella specie d'inganno che fa un simile socio al socio costruttore lasciando che questi faccia in sua presenza e colla sua scienza l'opera, per poi esigerne la distruzione, addossandogli così le spese della costruzione, come quelle della distruzione, gli fecero dettare il temperamento che abbiamo veduto.

Gli atti di disposizione giuridica della cosa (non della quota) sono invece tali che il farli uno non impedisce che li facciano anche gli altri soci, nè impedisce che questi ne facciano altri diversi. Inoltre l'atto compiuto dal singolo non ha alcun effetto, per il fatto che esso costituisce una disposizione della cosa, oltre che come propria dell' agente, come propria dei consoci. I romani poterono quindi ordinare :

faccia ogni socio liberamente l'atto di disposizione giuridica che crede. Tanto con ciò non invade la sfera giuridica di nessuno. L'atto infatti non può essere efficace, se anche gli altri soci non concorrano a darvi efficacia colla loro volontà diretta allo stesso risultato che si propone l'agente. Come la daranno? Non col mero consenso all' atto altrui. I diritti in Roma si acquistano, si costituiscono e si perdono coll' atto proprio e non col consenso all' atto altrui. E quindi i soci dovranno tutti fare l' atto di disposizione giuridica di cui si tratta (1). In particolare gli atti con cui si fondano le servitù devono essere compiuti dal titolare del dominio. Come avrebbe potuto un romano pensare che sulla cosa o a favore della cosa di me socio, che non è meno mia, per ciò che è altrui, si trovasse costituita una servitù, senza che io avessi compiuta ad es. la *in iure cessio*, per il mero fatto che acconsentii alla *in iure cessio* di un altro?

Mi sembra che a questo modo le prescrizioni del nostro diritto in ordine agli atti materiali da un lato e agli atti di disposizione giuridica dall' altro si spieghino un pò meglio che andando a ricercare lumi alla loro intelligenza nell'ipotesi che un console voglia farsi Re.

Questo articolo è gia troppo lungo perchè io possa occuparmi delle origini dell' ordinamento della comproprietà romana. A ciò m' inviterebbe per verità il Fadda che a codeste origini dedica una notevole parte del suo lavoro. Ma rinuncio all' invito, per quanto tentatore.

Quanto ho scritto non aggiunge nulla alla nostra scienza. È una mera difesa dell' opinione comune. Difesa non inutile però e che qualche cosa insegna. Insegna non un fatto, ma un principio ed è che bisogna guardarsi dalle analogie. Queste non sono escluse ; ma conviene che si presentino da per loro per la corrispondenza evidente tra fatti assodati. Non conviene sforzare i fatti per crearle. Insegna un altro principio. È necessario risalire ai principii per quanto oscuri degli istituti giuridici. La necessità è assoluta, perchè mentale. Non è una mente quella che si appaga del

(1) Nello stesso senso Scialoia *Lezioni* cit. pag. 756-757.

dato storico e non ne domanda la spiegazione a dati preistorici. Ma in questa ricerca è dal dato storico che conviene partire ; e per partire da esso conviene rispettarlo. Nel Fadda è palese un procedimento inverso del pensiero : egli altera, per sostenere un' ipotesi di origini, un fatto storico incontestato sino a lui ed incontestabile. Parmi chiaro infatti che prima gli balenò codesta ipotesi e poi a questa adattò il fatto. Codesto è un procedimento vizioso. E il vizio va segnalato perchè è molto attraente, come tutti i vizi. È tanto attraente che l'esempio del Fadda dimostra che esso può impadronirsi anche di chi sta fra i più insigni e benemeriti cultori dei nostri studi.

Silvio Perozzi,
Professore nella R. Università di Bologna.

Zu den sogenannten praetorischen Servituten

Die in der Ueberschrift bezeichnete Lehre hat mit derjenigen von der Superficies in neuester Zeit ein eigenartiges gemeinschaftliches Schicksal gehabt. Den « prätorisch » bestellten Servituten ist von Perozzi (1), der Superficies von Baviera (2) der dingliche Rechtscharacter für die klassische Zeit bestritten worden, woran sich unter den italienischen Gelehrten Diskussionen knüpften. Die Ausführungen Perozzi's kannte ich, wie ich lebhaft bedauere, nicht, als ich (3) im Jahre 1902 den seinigen ganz ähnliche Aufstellungen über die « pactiones et stipulationes » machte. Es wäre nur gerechte Vergeltung, dass die letzteren ihrerseits bei Hugo Krüger (4) keine Beachtung fanden, als er erst jüngst den klassischen Schutz der « prätorischen Servituten » auf Interdikte einschränkte. Viel bedauerlicher ist es, dass sowohl er bei seiner scharfsinnigen und originellen Untersuchung der Servitutenlehre als Gerhard Beseler (5) bei seiner radikalen Abtötung der Superficies von der gesamten verdienstlichen italienischen Literatur keine Notiz genommen haben. Nachdem sich neuestens auch noch andere

(1) Perozzi, I modi pretorii d'acquisto delle servitù, Rivista italiana per le scienze giuridiche, 23 (1897), p. 3-50, 167-187.

(2) Baviera, La leggitimazione passiva nell' actio aquae pluviae arcendae, wiederholt in Scritti giuridici, 1 (1909), p. 177-184.

(3) Haftung des Verkäufers, 1, 60-64.

(4) H. Krüger, Die prätorische Servitut (1911).

(5) G. Beseler, Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen, 1 (1910), p. 100-106.

Schriftsteller gelegentlich geäussert haben (1) (2), befinden wir uns anscheinend in einem Chaos von Meinungen. Der Vergleich der unabhängig von einander erfolgten Untersuchungen zeigt aber m. E., dass sich nunmehr über eine Anzahl von Punkten einige Klarheit gewinnen lässt; nicht über alle, und auch weder über alle grundlegenden Fragen noch über alle exegetischen Zweifel. Aber mit Sicherheit dürfte die Tatsache zu registrieren sein, dass Tribonian in

---

(1) So Arangio-Ruiz, La struttura dei diritti sulla cosa altrui (1909), Archivio giuridico 81/82 (hier nach dem Sonderabzug zitiert.) : p. 101 zu den pactiones et stipulationes ; p. 105 ss. zur Superficies. — Zu letzterer ferner : Segrè, Studi Senesi vol. 23 = Studi Senesi in onore di Luigi Moriani vol. 2 (1906), p. 330 s. ; Berger, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen (1912), p. 32-38 ; Albertario, Il pegno della superficie (1911) ; Rivista italiana per le sc. giur., 50 (1912), fasc. 1, p. 79-88. — Albertario kehrt neuestens mit Recht zu der actio in factum zurück, die man schon längst in der « alia actio » von D. 43, 18, 1 pr. erblickt hat. Er streicht jetzt « alia » ; ich würde eher vermuten, dass der Prätor die actio mit Detaillierung der Voraussetzungen verhiess. Tribonian konnte dies nicht stehen lassen, weil in der Tat erst er die Superficies zum vollkommenen dinglichen Recht erhoben haben dürfte. Berger und Albertario haben bereits zur Genüge nachgewiesen, dass die Behauptungen Beselers noch viel weniger stichhalten als die schon bezweifelten Bavieras, obgleich Beiden die Aufdeckung einer starken Einwirkung Tribonians auf den Titel D. 43, 18, insbesondere auf die letzten Paragraphen gelungen ist. Das muss hier erwähnt werden, da H. Krüger, p. 80 ss. auf den seltsamen Einfall Beselers, die Kompilatoren hätten das Fructuarierinterdikt in das Superficiesinterdikt verwandelt, eine weitere Hypothese stützt : D. 43, 18, 1 § 9 gehöre dem Kommentar Ulpians zum Interdictum uti possidetis utile des Niessbrauchers an ; § 3 besage, der Prätor werde das Interdikt auch für andere eine fremde Sache nutzende Personen zurechtmachen, so dem Superficiar ; § 9 : auch dem prätorischen Erwerber einer Servitut. Hierin sieht Krüger eine Stelle, wo der Schutz der « prätorischen Servituten » ex professo und zwar durch Interdikt geregelt sei. Abgesehen von der Exegese und der Echtheitsfrage zu § 9 fällt diese Theorie mit derjenigen Beselers dahin.

(2) Nachdem dieser Artikel bereits bei der Redaktion eingereicht war, erschienen 2 Abhandlungen von Albertario : La protezione pretoria delle servitù romane, in der Zeitschrift « Il Filangieri », 1912, n, n. 3-4 (eine Rezension der Krüger'schen Schrift, hier zitiert : « Filangieri » mit der Paginierung des Sep. A.) und zum Teil wörtlich damit gleichlautend : « Il quasi-possesso dell' usufrutto nella dottrina romana, Rendiconti del R. Ist. Lomb., Ser. II. Vol. 45, 1912 (hier zitiert : « Rendic. »). Die Redaktion gestattete mir freundlichst, auf diese bedeutenden kleinen Aufsätze noch in mehreren Zusätzen Rücksicht zu nehmen. Albertario hat, wie ich meine, mit grossem Erfolg bewiesen, dass die Interpolationen in der Materie des Rechtsbesitzes noch weiter gingen, als selbst Perozzi annahm ; er hat sogar die überraschende These erwägenswert begründet, dass die Worte « aut quasi

diesen Lehren eine grössere Tätigkeit entfaltete, die sich ja auch durch die Beseitigung der altzivilen förmlichen Bestellungsarten und durch die Ausgleichung des italischen und provinziellen Grundstückrechtes von selbst ergab, freilich aber dazu durch einen Hang zur Steigerung der Zahl und der Intensität der Sachenrechte beeinflusst wurde. Mit einer ziemlichen Wahrscheinlichkeit lässt sich auch zwischendurch die Gesamthaltung der Klassiker erkennen, ausgenommen ihre nach wie vor von Dunkel umgebene Stellungnahme zur Servitutenersitzung.

Man gestatte mir im Folgenden kurz zu skizzieren, was ich dem Streite betreffs der wichtigsten Punkte der Servitutenlehre entnehmen zu sollen glaube, und die Darlegungen der einzelnen Schriftsteller durch einfache Verweisungen einzubeziehen.

I. — Pacta et stipulationes

I. Mit aller erforderlichen Deutlichkeit lehrt m. E. Gai. Inst. II 31 zweierlei : Dass auf Provinzialboden sowohl Ususfructus als Rustikal- und Urbanalservituten durch « pacta et stipulationes » bestellt werden, und dass diese Bestellungsart auf die Provinz beschränkt ist. Beides ist freilich noch immer bestritten. Zunächst das erstere von H. Krüger (p. 21) ; Gai. : « sive quid... iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest » spreche nur von der Tätigkeit des Servitutenbestellers und sage nicht, dass damit auch schon die Servitut begründet sei. Dazu sei noch die tatsächliche Ausübung der Servitut erfor-

---

possessione » bei Gai. 4, 139 Glossem sein dürften. Dagegen scheint er mir die Ansätze des klassischen Rechts zur Entwicklung des Rechtsbesitzes nicht hoch genug zu veranschlagen. — In der Ablehnung der Krüger' schen Theorie bin ich mit Albertario einig.

Der Güte der Redaktion und des Verfassers verdanke ich ferner die Kenntnis des interessanten Beitrags von Collinet, oben, I, p. 185 ss. Die von ihm gebotene Uebersicht über das justinianische Recht liefert die erwünschteste Ergänzung zu meinen Erörterungen, die ständig das byzantinische Recht im Auge behalten mussten, aber des Raumes wegen nur vom klassischen reden konnten.

derlich. Mit dieser Kombination von Vertrag und Ausübung will nämlich H. Krüger das vermeintlich auch für Italien für alle « prätorischen Servituten » ausschliesslich geltende Prinzip des Schutzes kennzeichnen. Zur Widerlegung genügt, dass Gaius jene pactiones et stipulationes genau der mancipatio und in jure cessio parallel stellt (1). Etwas anderes ist es, dass ich selbst seinerzeit vermutete, zur Anerkennung des Servitutenerwerbs durch Dritte könnte ursprünglich der usus gefordert gewesen sein.

Den in fundo stipendiario vel tributario begründeten Ususfructus nennt Ulpian (Vat. fr. 61 = D. 7, 4, 1 pr.) tuitione praetoris constitutus. Danach darf man hier wirklich von « prätorischer Servitut » reden, allerdings aber nur im römischgedachten Gegensatz zum ius civile. Denn im Wesen der Sache gehen diese provinziellen Dienstbarkeiten auf vorrömische Gewohnheiten zurück. In den Urkunden des Ostens finden wir zu allen Zeiten die schriftliche Abmachung. Wenn ich s. Z. darauf hinwies, dass in vorrömischer Zeit freilich die rein *dingliche* Bedeutung der Nutzungsrechte an fremder Sache nicht oder nicht von jeher klar gewesen sein mag, so ist leider auch heute darüber nichts ganz Sicheres zu sagen (2).

II. Wie allseitig erkannt wird, sind die auf Servitutenbestellung gerichteten peregrinischen Verträge für die Zwecke der römischen Bürger in den Provinzen durch Stipulationen, regelmässig aber gewiss nur durch schriftliche Stipulationsklauseln ergänzt worden. Daraus erklärt sich ohneweiteres die Gaianische Wendung « pactiones *et* stipu-

---

(1) Auch Krügers Beispiel, p. 22, verfängt nicht. Wenn wir sagten : « Wer heute ein Grundstück übereignen will, der kann dies nur durch Auflassung bewirken », so würden wir uns irreführend ausdrücken. So in der Tat das schweizerische Zivilgesetzbuch, das in art. 656 Abs. 1 nur die Eintragung erwähnt. Gaius ist an grössere Deutlichkeit gewöhnt.

(2) Präzis bezeichnet die Dinglichkeit sogar der in der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων eingetragenen ägyptischen Wohnungs- und Nutzrechte nur als wahrscheinlich *Eger*, Aeg. Grundbuchwesen, p. 54 u. N. 2.

Zum Ususfructus vgl. *Mitteis*, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde 1, p. 96 s. Sicherer scheint die Dinglichkeit des Erbbaurechtes der Ptolemäerzeit nach P. Magd. 29 s. *Weiss*, Archiv f. Papyrusf. 4, 341 ; *Mitteis*, a. a. O. 2, p. 409.

lationes », und es ist überflüssig das « et » als « aut » zu verstehen (1). Eben deshalb braucht auch dem Theophilos kein Verbrechen daraus gemacht zu werden (2), dass er in seinem Beispiel zu Inst. 2, 3, 4, ein σύμφωνον (pactum) über die Servitutenbestellung vorangehen und hierauf eine bestärkende Stipulation folgen lässt. Vielmehr stellt sich seine Stipulation : ὁμολογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ δουλείᾳ ; mit folgender Konventionalstrafe zwar allerdings als eine « Erfindung », aber doch als eine Abkürzung der uns jetzt reichlichst bekannten Urkunden dar, die das ἐμμένειν τῇ συγγραφῇ mit Strafandrohung versprechen und die Frage- und Antwortklausel anhängen.

Näheres wissen wir über das ganze Institut nicht. Ob dabei die Stipulation auch unter römischen Bürgern eine blosse Formalität war, oder ob sie oder die Strafklausel eine historisch entwickelnde Rolle gespielt hat, wie Jhering lehrte, oder ob endlich die Stipulation im Sinn der Provinzialen dingliche, in demjenigen der Römer nur eine obligatorische Bedeutung hatte, wie Perozzi will, das lässt sich bei dem interpolierten Quellenmaterial nicht ausmachen. Dass nach justinianischem Recht sowohl pactio als stipulatio je allein genügten, haben Perozzi und Krüger gezeigt.

III. Das hingegen zeigt Gaius selbst, dass pacta et stipulationes, geschweige denn eines dieser Stücke für sich, auf italischem Boden keine Servituten herstellten. Das Gegenteil hätte er im Zuge seiner Erörterung durchaus sagen müssen. Daneben verwies ich seinerzeit auf Paulus Vat. fr. 45, wonach eine Frau den Ususfrukt nicht ohne tutoris auctoritas veräussern (alienare) kann (3), cum aliter quam in iure cedendo id facere non possit... idemque est in servitutibus praediorum urbanorum ; ich bezweifelte, dass Paulus hätte

(1) So gleicherweise Perozzi, p. 4 ss. und H. Krüger, p. 15. Zutreffend dagegen Perozzi selbst in seinen Istituzioni (1906), 1, p. 491. Costa, Storia del diritto Rom. (1911), p. 261 N. 2. Bonfante, Ist. (4), p. 300 N. 1 und (anders) (5), p. 320.

(2) Perozzi, p. 16 ; Bonfante, Ist., *l. c.* Dagegen schon Ferrini, Pandette, p. 493, N. 4.

(3) D. i. Konstituierung und nicht die unmögliche Zession des Ususfructus. Elvers, röm. Servitutenlehre, p. 231, Note *a*.

so reden können, wenn er prätorische Bestellungen gekannt hätte. Aber dieses Argument muss jetzt ausscheiden, nachdem ingeniös und m. E. zutreffend Mitteis (1) vermutet hat, dass in Vat. fr. 283 Diokletian auch in der (amtsrechtlichen) Bestellung eines Niessbrauches an einem Provinzialgrundstück das zur Perfektion des Schenkung erforderliche « alienare » vermisst.

In der Tat hat sich bei der nun dreimal gepflogenen Prüfung der Digesten ergeben, dass den Texten, die von den Stipulationen oder Pacta als prätorischer Bestellungsart ex professo reden, erst von Justinian dieser Sinn beigelegt worden ist.

Gai. D. 7, 1, 3 pr. sprach von Provinzialgrundstücken. So schon Schmidt in Bekkers und Muthers Handb. 3 p. 281 N. 87; Lenel Paling. Gai. 494. Die Stelle ist überdies korrupt, da Vindikations- und Damnationslegat zusammen geworfen sind.

Ebenso bezieht Perozzi richtig nur auf Provinzialgrundstücke Ulp. D. 7, 1, 27, 4 und C. 3, 34, 3. Offenkundig gehört dahin die von Scaevola interpretierte griechische Urkunde zu D. 8, 3, 37 (2).

Bei Ulp. D. 7, 1, 25, 7 lässt Perozzi p. 8. 32 die Worte « per stipulationem » stehen, indem er sie von der provinziellen Begründung des Ususfructus versteht. Krüger und ich lesen : per mancipationem vel in iure cessionem (3).

Afric. D. 8, 3, 33 ist herzustellen : pr. — [maxime si pacto stipulatio subdita est]. § 1. Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo (? civili modo Lenel Afr. 112) imposita

(1) Mitteis, Röm. Privatr. 1, p. 164, N. 47.

(2) Für provinziell hält Krüger, p. 78, auch den Ususfrukt in D. 7, 1, 60 pr. Aber « Cuiuscumque » ist nicht zu beanstanden. Vgl. Paul. sent. III, 6, 17 : Ususfructus uniuscuiusque rei. Krüger hätte seine übrige Beweisführung durch den Zusammenhang der Stelle stützen können, die von den Herausgebern der Sentenzen des Paulus in V 6, § 8 a ss. angezeigt ist, sowie durch die Interpolationsbehauptung von Segrè, Studi Fadda 6, 346 zu § 10. Aber jene actio utilis der l. 60 bedarf weiterreichender Prüfung.

(3) Dabei dachte ich natürlich an eine ungenaue Redeweise, die nicht ungebräuchlich gewesen sein dürfte, da Gai. 2, 33 sie eigens erklärt. Nicht verständlich ist mir, wie Krüger, p. 3, noch ausser der Mancipatio des Ususfructus von einer Deductio reden kann.

servitute : [nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est,] neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere : [pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis] <quia etc. ?> (1).

Während aber danach Perozzi und ich diesen Bestellungsmodus ganz leugneten, hält Krüger hier wie sonst an der Bezeichnung « prätorische Servitut » fest und begnügt sich damit, den amtsrechtlichen Schutz auf die Interdikte zu beschränken. Indessen unter allen von Krüger angeführten praktischen Beispielen ist kein einziges, das mit Sicherheit die Ausübung der Servitut ausschliesst. Darauf beruft gerade er sich auch in einem anderen Sinn. Wenn aber so, so ist nicht abzusehen, warum diese Stellen für die « pactio » und nicht für die « traditio seu patientia » in Anspruch genommen werden sollen. Eine Grenze lässt sich bei dem verschwommenen Wesen dieser (wohl justinianischen) Kategorie nicht ziehen. Eine einzige Stelle ist m. W. überhaupt nur zu finden, wo man im Tatbestand eine Ausübung der Servitut auf Grund eines Vertrags aber in Ermangelung der dinglichen Ausübungsgestattung erblicken könnte. Es ist das sehr undeutliche fr.

D. 8, 5, 16 Jul. 7 dig. Lenel 108. Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptionis immissum habeam, quaero, an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim. respondi utroque auxilio me usurum.

Die Stelle ist verkürzt ; der Anfragende oder der Gutachter mussten die beiden auxilia nennen. Das Verteidigungsmittel wird eine der exceptio rei venditae et traditae analoge exc. in factum gewesen sein, welche zweifelhaft erscheinen konnte, da es eine traditio servitutis nicht gab. Die « actio quaedam » hält Perozzi p. 35 für die actio empti, Krüger p. 31 ss. für ein Interdikt. Für selbstverständlich darf man erstere nicht erachten (Vgl. unten p. 397) Für ein Interdikt

(1) S. die Nachweise bei Pernice, Labeo III, 1, p. 103, N. 3 ; Lenel, Afr. 112 ; Perozzi, Bulletino dell' Ist. 6, 1 ; Riv. ital. 23, 5 ; Rabel, p. 63, N. 2 ; Arangio-Ruiz, p. 48 ; Krüger, p. 11 ; Beseler, Beiträge 2, 10.

könnten aber die Worte te sciente angerufen werden, aufgefasst gleich nec vi nec clam nec precario (Krüger p. 31. 72). Gegen beides spricht, — obwohl nicht ausschlaggebend, — dass Julian im 7. Buch von den prätorischen Klagen und erst im 48. Buch von den Interdikten redet; dabei ist nicht grundlos eine actio in factum concepta mit Publicianischer Funktion vermutet worden (1), worauf noch zurückzukommen ist. Die ganze Unsicherheit wirkt aber auf die Wertung des Tatbestandes zurück. Soll mit te sciente etwa ein Gegensatz zu einer Quasitradition der Servitut berührt sein? Ich kann es nicht glauben.

Was aber die Stipulationen angeht, so steht für uns alle fest, dass sie im klassischen Rom nur schuldrechtliche Bedeutung gehabt haben (2). Als Servitutenbestellungsart sind sie für Rom erst durch K. Zeno C. 8, 33, 12 bezeugt.

II. — Traditio et patientia

Dass die Hauptstellen, so wie sie uns überliefert sind, nicht dem klassischen Recht angehören können, hat m. E. Perozzi zweifelsfrei nachgewiesen (3). Das gilt insbesondere

(1) So offenbar Lenel, Edictum perp. [2], p. 189, N. 7. Cf. p. 167. Dagegen Krüger, p. 58, N. 64.

(2) Ueber das nähere Perozzi, p. 13: Krüger, p. 33-36. Die Stellen — die Voigt Röm. Rechtsgeschichte 1, p. 603, N. 18, vollständiger aufgezählt hat — scheinen mir freilich bei beiden Schriftstellern nicht durchwegs richtig verstanden. Insbesondere wird verkannt, dass die formlose Abrede « uti frui oder ire agere liceat » die Kaufdisposition bildet und die so oder mit « per te (heredemve) non fieri, quominus — liceat » gefasste Stipulation ursprünglich ganz so wie die stipulatio habere licere den formlosen Kauf zu begleiten pflegte.

(3) Perozzi, p. 29 ss. Zustimmend Ferrini, Pandette, p. 475, N. 5; 494, N. 4 (mit Reserve su alcuni punti); seine zum berühmten Stefanusscholium zu D. 7, 6, 5 pr. geäusserte Meinung (Centenario Bolognese 91) dürfte er danach nicht voll festgehalten haben. Bonfante, Istit. [5], p. 320, Costa, Storia, p. 261, N. 3. — Anders verhält sich jetzt Krüger. Er sieht in der Traditio und patientia allgemeine Fälle prätorischer tuitio mit Interdiktenschutz und nur mit diesem. Auch bemüht er sich zwischen patientia und traditio zu unterscheiden (p. 39 ss); seine Stellen auf p. 39 sind aber fast sämtlich interpoliert. Für die patientia im justinianischen Sinn hat bereits Girard, Manuel [5], p. 375 und N. 2 die plausibelste Erklärung gegeben. Anders Perozzi, p. 44. Noch anders Krüger, p. 45.

von der Lehre in D. 6, 2, 11, 1 wonach 1. für den Ususfrukt, 2. für die Urbanal-, 3. für die Rustikalservituten die Publiciana statthaben soll, ohne dass man versteht, warum Ulpian die beiden letzteren Gruppen unterscheidet. Da überdies die ganze Erörterung über sie in einen der bei Justinian beliebten Zusätze mit Ablativus absolutus gekleidet ist und da sie dem alten Satze glattweg widerspricht, dass es keine Tradition von res incorporales gibt (Gai. 2, 28) (1), so ist nach so viel Wahrscheinlichkeit, als auf diesem Gebiete möglich ist anzunehmen, dass Ulpian den Satz item — constat nicht schrieb (2). Ganz ebenso zeigt sich D. 8, 3, 1 § 2 Ulp. : Traditio plane et patientia servitutium inducet officium praetoris als ein in das Fragment — Aufzählung der Rustikalservituten — nicht passender Zusatz.

Damit ist aber noch nicht genügend dargetan, dass der Gedanke dieser Stellen von den Kompilatoren frei erfunden wurde! Längst wird — namentlich in der alles sorgfältig abwägenden Darstellung Girards (Manuel 5. éd. p. 381) — an D. 8, 1, 20 erinnert, wo Javolen « meint » usum pro traditione accipiendum esse. Das sprach er freilich für das Kaufrecht aus (s. unten sub I). Es könnte trotzdem vermutet werden, dass damit eine Idee ins römische Recht gelangte, die bei weiterer Durchführung auch die Unmöglichkeit der Tradition überwand. Dies umsomehr da auch eine Durchbrechung des Prinzips der Unersitzbarkeit für die späteren Klassiker möglich erscheint (3). Aber ein *unbedenkliches* Zeugnis betreffs der Tradition von Grunddienstbarkeiten besitzen wir dafür wirklich nicht. Mit wissenschaftlicher Vorsicht ist also m. E. zu zweifeln, ob das was Ulpian dort allgemein geschrieben haben soll, nicht an einer anderen Stelle entweder mit Rücksicht auf einen besonderen Fall gesagt war : z. B. für das Provinzialrecht? (4) für die

(1) Ebenso D. 19, 1, 3, 2 Pomp. und Sab. : dasselbe gilt nach Gai. D. 41, 1, 43, 1 wie für die Tradition so für die Usukapion, und wird für letztere bei Paul D. 8, 1, 14 pr. wiederholt. S. auch D. 5, 3, 19, 3.

(2) Hierin stimmt jetzt auch *Collinet* oben p. 191 zu, so dass die Annahme wohl als anerkannt bezeichnet werden darf.

(3) Vgl. hierzu unten III.

(4) So betreffs D. 8. 3, 1, 2, Costa, *l. c.*

exceptio rei venditae et traditae (vgl. D. 8, 5, 16)? oder etwa für den Ususfructus? Oder ob es durchaus Kompilatorenwerk sei.

Es will mir scheinen, dass es im klassischen Recht keinen allgemeinen prätorischen Erwerbsgrund der patientia oder der traditio gab, wohl aber Ansätze verschiedener Art, weil in verschieden gelagerten Fällen das Bedürfnis nach einem Schutz zutage trat. Man versperrt sich den Blick für diese Mannigfaltigkeit sowohl wenn man die « dingliche » Klage vornweg negiert, wie es Perozzi und Krüger in verschiedenem Sinn beide tun, als wenn man jede in den Quellen erscheinende « actio » mit Krüger in ein Interdikt umdeutet. Allerdings bringt die Exegese der einzelnen Stellen starke Zweifel mit sich. Aber der methodische Gesichtspunkt scheint mir unweigerlich der sein zu müssen, dass die oftbewährte Freiheit der römischen Juristen in ihrer Billigkeitssuche und ihrem Bestreben nach Ergänzung des lückenhaften Aktionensystems geachtet werden muss. Die Feinheit der Kasuistik war dabei ihre Stärke, der Mangel zusammenfassender Theorien ihre Schwäche.

I. In erster Reihe ist mangels eines ordentlichen Servitutenschutzes natürlich das der Bestellung zugrundeliegende Rechtsgeschäft zum Schutz des Inhabers ausgenützt worden.

Hierdurch erklärt sich die meistens missverstandene Stelle :

Javol. D. 8, 1, 20 Quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse [ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt].

Während die herrschende Meinung in dem Schlusssatz ein Hauptzeugnis für den Quasibesitz an Servituten sieht, hat schon Perozzi (p. 43 s.) überzeugend die Interpolation nachgewiesen. Die Interdikte des Wegeberechtigten heissen niemals sonst possessorische ; Javol. hatte auch gar nicht vom Besitzschutz des Servitutenerwerbers zu reden, sondern vom Verhältnis des Servitutenkäufers zum Verkäufer : die

Anknüpfung mit dem daher sinnlosen « ideo » und mit « constituta *sunt* » an das « puto accipiendum *esse* » verrät schon äusserlich den nicht javolenischen Zusatz.

Den Kern der Stelle hat aber auch Perozzi nicht genau verstanden, da er die irrige, längst widerlegte (1) Meinung teilte, in Rom sei der Verkäufer einer Sache lediglich zur Tradition verpflichtet gewesen. In Wahrheit musste er rem praestare, das heisst diejenige Entäusserungshandlung vornehmen, quae si dominus fuisset venditor, faciet et emptorem dominum, z. B. manzipieren. (Gai. 4, 131 a ; Ulp. D. 19, 1, 11, 2 vgl. Lenel Ulp. 930 ; Paul. 1, 13 a, 4). Dieser Verpflichtung konnte beim Kauf eines Wegerechts nur durch Manzipation oder Injurecessio genügt werden, nicht durch (Quasi-) « Tradition », von welchem problematischen Akt l. 8 denn auch gar nicht spricht. Sie geht vielmehr aus von dem selbständigen ganz anders gearteten Rechte des Käufers auf Uebertragung fehlerfreien *Besitzes* der körperlichen Sache. Im 1. Jahrhundert n. Chr. begründete man diese Befugnis mit stipulatio vacuam possessionem tradi, so wohl noch Proculus D. 18, 1, 68, 2 (2). Dem entsprechend sollte beim Servitutenkauf, wo es keine Tradition gibt, die Stipulation lauten : « per te (heredemve) non fieri, quominus eo iure uti possit », Labeo l. 8 cit. und Pomp. (offenbar Sabinus) D. 19, 1, 3 § 1. Aber später knüpfte man diese Haftung des Sachverkäufers an die actio empti unmittelbar, s. Neratius und Julian D. 19, 1, 11, 13, Pomp. eod. l. 3 pr. Denselben Fortschritt führt Javolen an unserer Stelle für den Servitutenkauf durch. Man vergleiche sie mit D. 19, 1, 11, 13. Der Verkäufer, der eine bewegliche Sache tradiert hat, haftet für eine derartige Qualität der Tradition, dass der Käufer nun im Interdictum utrubi gegen jeden Dritten obsiegen kann. Analog dieser Tradition liegt hier das uti iure eundi agendi ; der Verkäufer haftet also nach Ueberlassung

(1) Von Eck, Girard, Naber. Vgl. näheres in meiner Haftung des Verkäufers, p. 89. Diese Literatur ist übersehen bei Bonnet, Mélanges Gérardin, p. 43 ss.

(2) Haftung d. Verk. 91, n. 1, wo ich vorschlug « eum — possit » als itp. zu streichen.

der Ausübung dafür, das der Käufer im Gebrauch der Servitut geschützt bleibt. So also auch, wenn der Verkäufer Eigentümer war und die Servitut richtig manzipiert hat, und z. B. nicht bloss wenn der Servitutenkäufer Eviktion durch Negatoria erfährt, sondern auch wegen Entziehung der Ausübung infolge eines Int. uti possidetis eines Dritten gegen den Verkäufer.

Vom Standpunkt Justinians ist diese Argumentation noch weit entfernt. Jav. betrachtet die Rechtslage des Servitutenkäufers nach Beginn des « uti », der bekannten interdiktalen Ausübung, als analog derjenigen des Sachkäufers nach Tradition des Besitzes ; Just. lässt ihn selber « Quasi*besitz* » erwerben (1).

2. Ein persönliches Klagerecht fehlte nun vollständig in dem von Pap. D. 39, 5, 27 entschiedenen Fall einer brieflichen schenkweisen Habitatio-Einräumung. Vielleicht spielt auch dieser Fall in den Provinzen (2). Aber Papinian wendet durchaus römisches Recht an, sichtlich ohne an eine provinzielle echte Servitutenbestellung zu denken. Den Erben des Bestellers spricht er offenbar für die Klage auf Räumung die replicatio legis Cinciae ab (3). Der beschenkte Rhetor aber hat keine Angriffsmittel, wenn er von den Erben entsetzt wird. Dadurch ist es m. E. zu erklären, dass ihm ein « Schutz » « ad exemplum interdicti (unde vi), quod fructuario proponitur » zugebilligt wird (4). Hieraus ist gar

---

(1) Dies alles verkennt jetzt auch Albertario Rendic., p. 466. Sein aus dem Missverständnis hervorgehender Vorschlag, auch den Satz « ego puto — esse » zu streichen, ist sprachlich ungerechtfertigt und wird durch die ungeschickte Anknüpfung des Schlussatzes geradezu widerlegt. Unmöglich hat gerade Trib. beide Sätze zugleich geschrieben.

(2) Krüger, p. 37, N. 1, betont mit Recht die Briefadresse ad Nicostratum rhetorem.

(3) So Mitteis, Röm. Privatrecht 1, 164, N. 47. Schwierigkeiten bereitet allerdings die Frage, zu welcher Klage der habitator passiv legitimiert war. Auf Missverständnis der Stelle beruht der Restitutionsvorschlag von Beseler, Beitr. 2, p. 25.

(4) Ob die Schlussworte quasi — accepit echt sind, ist mir zweifelhaft und tut hier nichts zur Sache. Albertario Filangieri, p. 24, Rendic., p. 473, macht ihre Unechtheit glaubhaft, behauptet aber auch, der Satz quodsi expulsus Nicostratus veniat ad (iudicem ?), ad exemplum interdicti defendendus erit, sei sichere Interpolation. So habe nur Just. schreiben können, der keinen

nichts allgemeines zu erschliessen; umsoweniger darf man Krüger beistimmen, wenn er dieses Responsum zur « granitnen Grundlage » seiner für alle « prätorischen Servituten » aufgestellten Theorie macht. — Umgekehrt wird den Erben gegen den Empfänger eines ähnlichen Wohnungsbriefs von Scaev. D. 39, 5, 32 rechtgegeben.

Eine prätorische Servitut, die durch Interdikt geschützt sein soll, erblickt Krüger p. 30. 39. 51 auch in

D. 43, 19, 3, 8 (de itinere actuque privato) Ulp. 70 ed. Si quis usum fructum emit vel usum vel qui legatus est et traditus, uti hoc interdicto poterit. Die Worte « et traditus » können aber, selbst wenn sie echt sind, und selbst wenn man sie mit Krüger auch zu « emit » beziehen will, nicht so gepresst werden, dass man gerade einen nicht zivilbestellten Niessbrauch unterstellt. Ulpian spricht von dem Erfordernis des « uti itinere » und sagt, dass dieses erfüllt ist: § 4: per servos etc., nicht per fructuarium (1), § 6: durch den schenkungshalber in den Besitz Gelangten (§ 7 wohl itp.), § 8 (oben): durch den Usufructuar, § 9: umsomehr durch den dotis causa besitzenden Ehemann (dessen Eigentum in dieser Zeit längst nicht mehr voll genommen wird). Dass das Legat schlechtweg genannt ist, deutet ja auch am ehesten auf ein Vindicationslegat (2).

Unterschied zwischen Interdictum und actio mehr kennt. C. 8, 1, 3 sei interpoliert. Das ist eher unrichtig (vgl. Samter, Nichtförml. Gerichtsverf., p. 56) und C. 8, 1, 1, von Alb. nicht erwähnt, scheint ganz unverdächtig; so wie K. Alexander dort konnte auch Papinian von der Analogie zum Interdikt schreiben. Das Wort « expulsus » ist der völlig zutreffende Ausdruck für den vertriebenen Usufructuar, von dem Alb. selbst schön ausführt, dass er nicht proprie « deiectus » sei, Vat. fr. 91, vgl. D. 43, 16, 10; 41, 3. 4, 27. Endlich darf man nicht sagen, der Schutz des vertriebenen Beschenkten gehöre nicht mehr unter die Rechtsfrage der Stelle. Nichts ist natürlicher, als das Pap. die ganze Rechtslage des Beschenkten erörtert. Auf die Frage nach dem « diritto di abitazione » konnte sich Pap. schon deshalb nicht beschränkt glauben, weil er an ein dingliches Recht gar nicht dachte; sonst hätte es Tribonian gewiss nicht beseitigt.

(1) § 5: daher gibt Julian hier ein interdictum utile. Etwas anderes dürfte Ulp. nicht gesagt haben; über die Interpolation vgl. Arangio-Ruiz, Struttura, p. 39.

(2) Soviel aus dem Berichte Zanzucchis Zsch. d. Sav.-Stift. 30, 510 über Riccobono (vgl. diesen selbst ebenda 31, 343-5 und Bull. 23, 5 ss.) hervorzu-

3. Ulp. D. 8, 4, 2. De aqua per rotam tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitaverunt, ne hae servitutes essent. Darauf erging ein Reskript, dessen Wortlaut uns schwerlich richtig überliefert ist (1); das aber doch gewiss davon ausging, dass « servitus jure non valuit ». Man lehrt, der Servitut fehle hier die perpetua causa (2), indem man auf die rota als etwas « quod manu fit » (D. 8, 2, 28) Gewicht legt. Diese Argumentation ist jedenfalls unrichtig, insofern D. 8, 2, 28 dabei unzutreffend ausgelegt wird. (Das Nähere über L. 28 ist von Perozzi, Riv. ital. 14, 182-193 überzeugend ausgeführt.) Das Wesentliche dürfte doch nur sein, dass keine Wassergerechtigkeit vorhanden sein kann, weil « flumen » schlechtweg gesagt (vgl. Marcian D. 1, 8, 4, 1) (3) und castellum öffentliche Sachen sind, und das Wassergebrauchsrecht als Sonderrecht nur vom Princeps verliehen wird (4) (D. 43, 20, 1, 42). Daher dürfte zu vermuten sein, dass um eine « legitimo modo » (Just.) i. e. iure civili bestellte Servitut gefragt wird, die der Eigentümer des Flussufers, wo das Wasserrad aufgestellt ist oder der Nachbar des Bassins bestellt hat (5).

---

gehen scheint, streitet auch er dem klass. Usufructuar nicht das erwähnte Interdikt ab.

(1) Eisele Zschr. d. Sav.-Stift. 18, p. 16. Den Schluss eum qui hoc ius possidet wird man nach den Ausführungen Perozzis und seither anderer über den justinianischen Rechtsbesitz am ehesten zu streichen geneigt sein.

(2) So z. B. Ubbelohde bei Glück Serie der Bücher 43/44, 4. Teil, p. 333, N. 5; Windscheid P. § 209, N. 8; Krüger, p. 80, N. 89. Eigentümlich in gleichem Sinn Elvers Serv. 158.

(3) So auch die Agrimensoren, vgl. *Brugi*, Le dottrine giuridiche degli Agrim. rom. (1897), p. 414.

(4) Ubbelohde, p. 162, N. 5, zieht zu der Stelle D. 8, 1, 14, 2; dort ist aber nur gesagt, dass eine servitus haustus publico loco interveniente [vel via publica ?] bestellt werden kann, d. h. wenn er zwischen Quelle und herrschendem Grundstück liegt. Das zeigt auch der Gegensatz aquae ductus non potest (Vgl. auch Elvers Serv. 171). Ferner erwähnt man Paul D. 8, 3, 9; hodie-solet sind interpoliert, wie von Perozzi, Riv. ital. 14, 252; Ferrini, Pand., p. 486; Bonfante, Istit. (4), p. 294; P. Krüger, h. l.; Albertario, Hodie, p. 10; Beseler, Beitr. 2, p. 99, konstatiert ist. Nicht entgegen auch D. 43, 20, 3, 2, woran sicherlich Scialoja, Bull. 2, p. 169 ss. trotz seiner Bemerkungen, p. 175, nicht zweifeln wollte.

(5) Anders Perozzi, *l. c.*, 248-250, der an einen privaten Wasserbehälter

Nimmt man nun den Sinn der Entscheidung « tuendum esse » als echt an, so ist nicht mit Krüger, p. 79 s. an ein Interdikt zu denken. Zweifellos redet Ulpian (vgl. Lenel, Ulp. 596) von den Erfordernissen der Rustikalservituten. War bestritten, ob der Inhalt der Servitut tauglich sei, heisst es dann : « licet servitus iure non valuit », so ist der nächstliegende Gegensatz : tuitione praetoris constituta est, und demnach eine Nachbildung der gewöhnlichen nicht ediktalen vindicatio des aquae haustus zu vermuten. Zu erinnern ist dabei, dass die actio confessoria sich nur gegen den « dominus » richtete (1) ; das Gegenteil wäre hier ja sehr auffallend. Fraglich scheint mir allerdings, ob mit dem tribonianisch klingenden Wortlaut der Entscheidung nicht auch der Sinn verändert, oder ins Gegenteil verkehrt worden ist.

4. Würde hier dem Mangel des ziviltauglichen Servituteninhalts suppliert sein, so ist in einem Falle sicher die Unmöglichkeit der Uebertragung eines bestehenden Ususfructus der Anlass zum prätorischen Schutz des Erwerbers, in dem Falle nämlich, wo der Usufructuar durch Fideikommiss verpflichtet ist, den Niessbrauch einem anderen zu restituieren (2). Er erhält nach Räumung der Detention durch den Fiduziar (si in fundum induxerit fruendi causa) eine actio utilis suo nomine (D. 7, 4, 29, 2) mit Fiktion des Erwerbs durch Legat (D. 33, 2, 29) unter Vorsorge, dass die Dauer des Niessbrauches sich nach seiner Person, nicht derjenigen des Fiduziars richtet (D. 7, 4, 4, vgl. 7, 9, 9 pr.). Natürlich liegt in dieser Anerkennung einer vindicatio usufructus utilis — denn nur um eine solche kann es sich handeln — keine solche der Tradition als allgemeinen Bestellungsgrundes, wohl aber die Gewährung eines dinglichen präto-

---

denkt. — Ob ein (sehr ungewöhnliches) Recht zur Benutzung der rota als solches überhaupt erwogen ist, wovon Perozzi, *l. c.*, ausgeht, und ob die Erwähnung der rota sich auch auf den Fall des castellum bezieht, was andere zu unterstellen scheinen, ist ganz unsicher und hier zu wenig interessant.

(1) Arangio-Ruiz, Struttura 31 ss. Das Wort « dominus » ist aber vieldeutig, vgl. Arangio-Ruiz, p. 61 ; Erman, Zeitschr. d. Savigny-Stift., II, 262 ; Rostowzew, Colonat, p. 320, 323.

(2) Hiezu vgl. *Fadda*, Concetti fondam. del dir. credit. 1, p. 61 ss.

rischen Rechtes an einen der zivilen Bestellung ermangelnden Niessbraucher. Das bemüht sich Krüger, p. 52-56 vergeblich hinweg zu interpretieren. Wenn er aber schliesslich gegen die actio utilis als solche einen Interpolationsverdacht äussert, so übersieht er, wie in Vat. fr. 83 (Ulp.) praetor secutus exemplum iuris civilis utilem actionem dabit fructuario, nach Autorität von Neratius, Aristo und Pomponius.

5. Schwieriger ist die actio ad restituendum von D. 7, 6, 3 unterzubringen, die uns möge sie hierher gehören oder nicht, jedenfalls zum « tradierten » Ususfructus führt.

Jul. 7 dig. (Lenel, 101). Qui usum fructum traditum sibi ex causa fideicommissi desiit in usu habere tanto tempore, quanto si [legitime?] eius factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet[; est enim absurdum plus iuris habere eos, qui possessionem dumtaxat usus fructus, non etiam dominium adepti sint.]

Dass « est — sint » Kompilatorenwerk ist, dürfte schon wegen des « est enim absurdum » und wenn schon nicht wegen der zweifelhaften possessio ususfructus so wegen des meines Wissens völlig allein dastehenden dominium ususfructus wahrscheinlich sein (1). Doch darf darauf nicht viel ankommen, da man grundsätzlich derartige schief oder plump ausgedrückte Zusätze beachten muss, möge die durch sie angezeigte Spur auch in einzelnen Fällen trügerisch sein. Man könnte daraus mit Perozzi (der den Satz für echt hielt) sogar die Bestätigung entnehmen, dass der Ususfrukt wirklich nicht dem Fideikommissar zustand sondern nur von ihm ausgeübt wurde, also nicht bloss « non legitime » zustand, sondern überhaupt nicht.

Was aber ist der Sinn des ersten Satzes? Krüger, p. 52, meint mit Sicherheit in der « actio ad restituendum » das

(1) Für die Interpolation Beseler, Beiträge 2, 6. Dominium proprietatis D. 7, 4, 17 Jul. ist lange nicht so schlimm, weil proprietas auch die Liegenschaft bedeutet. Wie hier die Kompilatoren auf ihre Wendung verfallen sind, dafür lässt sich eine Vermutung geben : sie hatten den Schluss von C. 3, 33, 16, 1 vor Augen : nisi talis exceptio usufructuario opponetur, quae, etiam si dominium vindicabat, poterat eum — excludere.

Interdikt zu erkennen, das nach seiner Meinung jedem Traditionserwerber einer Dienstbarkeit gebührte, in casu das interdictum uti possidetis. Aber es ist schlechterdings nicht einzusehen, was der ein- oder zweijährige Nichtgebrauch mit einem Interdikt zu tun hat, das nur dem gegenwärtigen Ausüber nützt. Ueberdies spricht Jul. 7 dig. von der konfessorischen Klage des Usufructuars und nicht vom Interdikt. Eher könnte man sich entschliessen, die actio ad restituendum mit der Confessoria utilis zu identifizieren (1), wo ja der arbitratus restituendi vorkommt. Aber das wäre doch eine sonderbare Ausdrucksweise, die Julian, nicht den Kompilatoren zuzuschieben wäre; den letzteren hätte ja die Confessoria unter jedem Namen bestens gepasst. Ausserdem würde zwar die Argumentation vom zivilen auf den prätorischen Ususfruktus glatt, aber allzu trivial. Ebensowenig ist es möglich die Tradition ex causa fideicommissi auf den oben lit. 3 erörterten Fall eines Niessbrauchlegatars, rogatus ususfructum restituere zu beziehen. Es läge dann ein recht sonderbares Quiproquo zwischen der vindicatio utilis und der actio personalis auf Restitution vor. Letztere kann doch füglich nicht fortgedauert haben, nachdem der Legatar alles, was er zu leisten im Stande war, die Tradition, geleistet hatte.

Danach scheint mir nur noch folgende Erklärung der Stelle übrig zu bleiben. Jemand ist *per fideicommissum* damit beschwert, nicht wie in dem eben erwähnten Fall einen schon bestehenden Niessbrauch weiter zu übertragen, sondern einen neuen zu bestellen. Er hat aber die Injurecessio unterlassen und den Bedachten nur tatsächlich zur Ausübung zugelassen. Nun soll die persönliche Klage auf Bestellung in derselben Frist erlöschen, wie der Ususfructus nach seiner zivilen Bestellung durch non usus erloschen wäre.

Dies widerspricht allerdings anscheinend der Entscheidung bei Paul. Vat. fr. 46 über das Damnationslegat: *actio*

(1) Beseler, Beitr. 2, 6 vermutet die « Publiciana », was aus dem unter Z. 6 erwähnten Grund unwahrscheinlich ist. — Die zweifelhafte Lesung « restituendum » ist durch Bas. 16, 6, 3 bestätigt.

de usufructu isdem modis perit, quibus usus fructus, praeterquam non utendo; wobei die *actio de usufructu* zweifellos mit Krüger, p. 76, als actio personalis zu verstehen ist. Vgl. Vat. 61 und C. 3, 36, 16 pr. Aber der Satz des Paulus ist, wie uns Justinian eben in C. 3, 36, 16 pr. berichtet, bestritten gewesen; Julian konnte die gegenteilige Meinung haben. Uebrigens bringt Paulus selbst nur die sehr begreifliche Schulregel: durch non usus erlösche der Niessbrauch, nicht die actio ex testamento; vielleicht hätte er anders und mit Julian in dem Fall entschieden, wo der Bedachte schon den Ususfrukt auszuüben begonnen hatte.

Der Sache nach wird hier also in der Tat eine Situation betrachtet wo die Ausübung des Niessbrauchs vom Eigentümer ohne zivile Bestellung überlassen worden ist. Vom dinglichen Schutz ist aber nicht die Rede.

Bei alledem erweckt m. E. lediglich der Wortlaut einige Zweifel. Ob Julian wirklich geradezu vom *ususfructus traditus* sprach? Ob der Ausdruck *actionem ad restituendum eum habere non debet* echt ist? Beides lässt sich schwer ausmachen, berührt aber die Auslegung wohl nicht (1).

6. Res incorporales traditionem (et usucapionem) non recipere manifestum est, Gai. 2, 28; Gai. D. 41, 1, 43, 1. In der Tat ist niemals in echten Stellen von einer Tradition der Servituten die Rede. Dagegen hat Perozzi noch die Tradition des Ususfructus anerkannt und sie mit der besitzähnlichen Detention des Niessbrauchers erklärt. Tradiert werde

(1) Albertario, Filangieri, p. 24, Rendic., p. 472, streicht allzu einfach « traditum », ohne die Stelle überhaupt zu erklären. Nach seinen Darlegungen muss man freilich zugeben, dass gerade hier das einzige nicht verdächtige Zeugnis für den Gebrauch des Worts übrig ist. (S. unten). Es wäre ja denkbar, dass Julian sich umständlicher ausgedrückt hatte. — Die Wendung actionem habere debere ist bald interpoliert, bald nicht. Dass die Bestellung eines dinglichen Rechts an einer Erbschaftssache restituere genannt worden wäre, dafür ist m. W. keine Parallele zu finden. Für die actio ad quid (faciendum) führt Vocab. iuris 1, 183, 1-16 Stellen auf, aber sie sind zum Teil interpoliert, und ein sicher echtes Zeugnis, wobei das Verbum eine Tätigkeit des Beklagten darstellt, befindet sich nicht darunter, abgesehen von der actio ad exhibendum. Julian könnte von der persecutio fideicommissi in einem für Justinian nicht mehr passenden Gegensatz zur formula gesprochen haben. Dagegen verstände man nicht eine Interpolation anstelle der Legatsklage (wie sie Beseler, Beitr. 2, 6 andeutet).

im klassischen Sinn nicht das Recht sondern die Sache. Neuestens ist auch das von Albertario angefochten; Quasibesitz und Tradition des Ususfructus seien durchaus kompilatorisch. Wir dürfen nach dem Obigen unter allen Umständen sagen, dass die Tradition des Ususfructus, wenn auch *vielleicht* nicht dem Namen nach — da allerdings die soeben berührte Stelle bei Jul. D. 7, 6, 3 die einzige ist, die nicht den Interpolationsverdacht nahelegt (1) — doch der Sache nach den Klassikern bekannt war und im Falle des vom Fiduziar auf den Fideikommissar translativ übertragenen Usufrukts prätorischen Schutz fand. Das Gleiche dürfte von der Bestellung des Niessbrauchs am fundus vectigalis und an der superficies zu sagen sein, der nach Ulp. Vat. fr. 61 unter tuitio praetoris stand und wofür pactiones et stipulationes nirgends bezeugt sind. Darauf, dass Tribonian D. 7, 4, 1 pr. diesen Fall, mit Beibehaltung des « item », an sein « traditus quoque usufructus » anschliesst, dürfte nicht viel Wert zu legen sein.

Fragt man nun, ob darüber hinaus der Niessbrauchserwerber, der ohne Rechtsbestellung in die Ausübung gesetzt wurde, prätorischen Schutz fand, so ist die glatte Verneinung meines Erachtens doch recht bedenklich. Sie schafft eine Lücke, die neben dem weitreichenden Schutz des in bonis esse von res mancipi sehr schwer verständlich wäre. Was für das « habere possidere uti frui domini voluntate » als recht galt, konnte kaum für das « uti frui domini voluntate » als unbillig erachtet werden.

Freilich eine echte Publiciana des Usufruktuars kann es mangels der zivilen Usukapion unmöglich gegeben haben, wie Krüger, p. 25, unwiderleglich bemerkt. Wenn wir trotzdem lesen :

D. 6, 2, 11, 1 Ulp. 16 ed. (de Publiciana, Lenel). Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur, so kann *das* nicht klassisch sein. Ob Ulp. sagte : « non datur », ist längst bestritten (2). Es bleibt hier nach allem Bemerkten nur übrig

(1) Auch in D. 43, 19, 8, 3, ist Ulp. wahrscheinlich.

(2) Für eine derartige Herstellung ist Lenel zwar niemals betr. der 1, 11

zu sagen, dass die Entscheidung durchaus ungewiss ist und keineswegs dem Ulpian mit Krüger, p. 59, ein Hinweis gerade auf die Interdikte zugeschoben werden darf. Lenel versöhnt diese Publiciana mit der Untradierbarkeit historisch ; der Zustand habe sich zwischen Gaius und Ulpian gewandelt. Warum sollte Ulpian nicht etwa gesagt haben : actio Publiciana non datur, sed actio in factum (1) danda est od. dgl. ? [Vollends darf man irgend welchen ähnlichen Hinweis auf eine andere Klage als die Publiciana bei Paul. D. 6, 2, 12, 2 vermuten für das Eigentum am ager vectigalis et aliis (Paul. : stipendiariis et tributariis ?) praediis] (2).

Man mag Misstrauen dagegen hegen. Aber es ist doch vorsichtiger, die Möglichkeit offen zu lassen ; insbesondere mit Rücksicht auf die vielbesprochenen byzantinischen Erklärungen der Stelle (3).

Festzuhalten bleibt, dass dieser Zweifel auf den Usus-fructus beschränkt bleibt. Für Grundstücksdienstbarkeiten bieten die Digesten fast nur allgemeine, sprachlich anstössige Sätze, und die Natur der Sache stellt sie mangels der Sachdetention auf ein völlig anderes Gebiet. Das einzige fr. D. 8, 5, 16 (oben p. 393) mit seiner « actio quaedam » ist hiernach eine zu geringe Instanz für die Quasipubliciana der Grunddienstbarkeiten.

---

§ 1 Ulp. 573), wohl aber betr. der Provinzialgrundstücke bei Paul. fr. 295 eingetreten ; dagegen obwohl behutsam Erman, Zeitschr. d. Sav.-Stift. 11, 275 ; 13, 175 : zweifelnd Eisele daselbst 13, 135 ; sicherer dagegen einerseits Girard, Manuel(5), p. 355, N. 1 andererseits Partsch, Schriftformel, p. 109. — Zu 1, 11 § 1 hat Perozzi selbst seinerzeit für den Ususfrukt an der Publiciana festgehalten (und so auffallenderweise noch Albertario, Filangieri, p. 27, scheint aber Istituz. 1, p. 492 u. 495-500 davon abgekommen zu sein.

(1) Oder in factum concepta ? Für letztere Girard, p. 381, N. 1, mit Appleton.

(2) Vgl. zur Stelle die p. 495, n. 2 Zitierten ; Lenel, ed. perp. 167, N. 4 : Perozzi, p. 37. Mit der erwähnten Hypothese würde sich der von Erman betonte Fortgang der Stelle in § 3 erklären ; denn der Superficiar konnte ebenfalls nur eine actio in factum haben.

(3) Lenel, Z. d. Sav.-St. 2, 80 s. und weitere Lit. bei demselben Ed. perp. (2), p. 186, zur formula prohibitoria.

III. — Diuturnus usus et longa possessio.

Auch hier stehen sich heute die verschiedensten Meinungen gegenüber, kein Wunder, da schon stets die Besonderheiten der Servitutenersitzung gegenüber der justinianischen longi temporis praescriptio mysteriös erschienen. Die herrschende Meinung hält noch daran fest, dass diese Besonderheiten auf eine frühe prätorische Praxis zurückgehen, die eben gerade bei den Servituten die seit der dunklen lex Scribonia fehlende Ersitzung ersetzen wollte (1). Schon 1893 hat aber Bonfante (2) eine Veränderung dieser Lehre der prätorischen actiones utiles durch Tribonian, insbesondere die Interpolation des Servitutenerwerbs (tempore adquiri Paul. D. 8, 2, 28; servitutem quaesiisti Caracalla C. 3, 34, 2) behauptet; 1897 hierauf Perozzi alles, was nicht Beweiswirkung der vetustas ist, aus den klassischen Quellen gestrichen. Neuestens erkennt H. Krüger, p. 61 ss. ebenfalls eine besondere Wirkung der vetustas an, die er immer als eine zivile betrachtet, und behauptet, dass die davon unterschiedene longa possessio prätorischen Schutz durch Interdikte gefunden habe.

Die sprachlichen Interpolationsanzeichen im Verein mit dem neuen Recht von C. 7, 33, 12, 4 sind stark genug, um unser Vertrauen in die Quellen beträchtlich zu erschüttern; wie gerade betreffs der Hauptstelle D. 8, 5, 10 pr. auch Lenel anzuerkennen scheint (3). Andererseits behält das alte Argument seine Kraft, dass Justinian nicht eine Ersitzung erfunden haben kann, die durch das Fehlen von iustus titulus und bona fides und durch das Erfordernis von fehlerfreiem Quasibesitz seiner Longi temporis praescriptio

(1) So seit Unterholzner Verjährungslehre die Meisten. Aus neuerer Zeit bei Girard, Manuel(5), 376, « eine treffende moderne Darstellung », wie sie Partsch, Longi temporis praescriptio 96-100 nennt, der selbst diese Lehre fein weitergebildet hat.

(2) Bonfante, Riv. ital. per le scienze giuridiche 15 (1893), p. 177-180, Note. S. auch Istituzioni(5), 322 s.

(3) Lenel, Ed. perp. 2. Aufl., p. 361,

so sehr widerspricht, und deren Namen überdies niemals führt (1). Diese grossen Zweifel werden vermehrt durch die Unsicherheit, wie sich in den Quellen die schon von älteren Digestenjuristen in verschiedener Weise bei den Wasserlaufrechten anerkannte Wirkung der unvordenklichen Zeit (vetustas) zu der erst bei den spätesten Klassikern auftretenden longa consuetudo oder quasi possessio oder dgl. verhält. Die römische Jurisprudenz lehrte noch im zweiten Jahrhundert bedenkenlos, dass Servituten nicht besessen und nicht ersessen werden können (Jul. D. 8, 2, 32, 1, ja noch Paul. D. 41, 2, 3 pr. und D. 41, 3, 4, 26 betreffs aller res incorporales). Wenn nun hier eine longa quasi possessio auftritt, so ist es sehr naheliegend, Interpolation anzunehmen. In unseren Stellen wird ferner wiederholt in eigentümlicher Weise die fehlerlose Ausübung der Servitut (longa consuetudo od. dg.) mit einem « diu uti » kombiniert (2), ein sichtbares Mischprodukt, das auf Justinian zurückzuführen verlockend erscheinen musste.

Aber da das aus den schon erwähnten Gründen prinzipielle Gegnerschaft hervorrufen muss, so bleibt noch zu berücksichtigen, dass die Spätklassiker selber ein solches Gemisch hergestellt haben können ; zwar nicht in analoger Anwendung der longi temporis praescriptio, aber aus eben jenen Beweggründen, die auch die letztere zur Reife brachten. Vielleicht haben sie, da D. 39, 3, 1, 23 eine verdächtige Einschaltung darstellt, den dort aufgeführten Satz nicht so allgemein gelehrt. Vielleicht aber auch hat

(1) Vgl. Bonfante, *l. c.* Albertario, *l. c.*, zieht diese Argumente nicht in Rechnung.

(2) Am deutlichsten ist D. 39, 3, 1, 23 : qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur. Da hier die clausula vitii bei der longa consuetudo steht, so muss man, wenn man unvordenkliche Zeit und fehlerfreie Uebung scheiden will, die erstere mit dem diu uti und nicht mit der longa consuetudo identifizieren. In der Tat steht auch in D. 8, 5, 10 pr. die longa quasi possessio neben dem diuturnus usus, sodass sich die Schlussworte non vi non clam non precario possedisse notwendig auf die erstere beziehen müssen, mindestens im Sinne Justinians. Verschmolzen sind beide Stücke in D. 43, 19, 5, 3 : habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo quod diu usus est servitute. Das ist bei Krüger, p. 64, verkannt.

gerade das Reskript Caracallas vom J. 211 (C. 3, 34, 1) eine Rolle in der Entwicklung gespielt. Das können wir alles nicht wissen. Aber man brauchte gewiss eine Ausfüllung der Lücken im Ersitzungsschutze, die durch die Unfähigkeit dort der Provinzialgrundstücke, da der Servituten zur Usucapion entstanden waren. Als Bausteine zu diesem Werk hätten sich ergeben : die unvordenkliche Zeit, die die Servitut nicht macht, aber deren Beweis ersetzt und zur Gewährung von actiones utiles führt, und das nec vi nec clam nec precario uti in den Servituteninterdikten (1). Und entsprechend der « unabhängigen und eigenartigen Entwicklung der einzelnen Servituteninterdikte », auf die Girard uns so nachdrücklich hinwies, wäre dann wiederum keine geschlossene Linie und kein einheitliches Gesamtergebnis zu erwarten, kein Satz, der die vorher unmögliche Ersitzung einführt ; sondern nur eine gelegentliche beschränkte Durchführung jener Gedanken. Dies scheint mir eine ebenso gute Hypothese wie die anderen ; sie soll mindestens zeigen, wie wenig berechtigt die Sicherheit ist, mit der manche operieren. Natürlich lassen sich auch noch beliebige Kombinationem erdenken : z. B. es hätte die « alte Zeit » nicht nur bei der actio aquae pluviendae arcendae die lex dicta betreffs des reficere oportere ersetzt (2), und den Beweis der servitus aquaeductus zufolge tuitio des Magistrats erspart (3), sondern auch beim interdictum de

(1) *J. Partsch*, dem ich diese Darstellung in der Korrektur vorlegte, hält es in der Tat für möglich, dass die Praxis am Ende des 2., Anfang des 3. Jahrhunderts auch hier wie so oft anstelle der Unvordenklichkeit die zwanzigjährige Frist anwendete ; nach dem Gedanken : « Quidquid... actum ante XX annos erit, omittamus » (Traian., ep. Plin. ad Trai. 110. 111) und « longum tempus exemplo longae praescriptionis [possessionis Paul.?] decennii inter praesentes, inter absentes vicennii computatur » (Paul. sent. V, 5 A, 8). Zu den von Partsch, longi temp. praescr. p. 90-99. 113-116. 130-133 behandelten Quellen vergleicht er jetzt noch die Erwähnung einer Beschwerde in Steuersachen in Pap. Tebt. 287 (a. 161-169 p. C.), die mit Hinweis auf den in den letzten 20 Jahren geltenden Zustand erledigt wird.

(2) Labeo bei Ulp. D. 39, 3, 1, 23 und bei Paul eod. l. 2 § 7 ; Partsch, p. 97.

(3) Pomp. 34 Sab. D. 43, 20, 3, 4 ; Scaev. 4 resp. D. 39, 3, 26. Mir scheint die Darstellung bei Partsch, *l. c.*, noch immer richtig, da Scaev. vom solere tueri spricht. Krüger, der glaubt, dass die Immemorialersitzung Zivilrecht

itinere reficiendo (D. 43, 19, 3, 11 mit der Voraussetzung « ut tibi ius est »), den Nachweis des ius zur Ausbesserung erspart (D. 43, 19, 5, 3), und erst die Kompilatoren hätten die longae possessionis praerogativa eingefügt (1).

Dies scheint mir der Stand der Frage. Einen erlösenden Ausweg hätten wir gewonnen, wenn Krügers Idee stichhielte. Er erblickt auch hier einen allgemeinen Gedanken des Schutzes von Servituten, und wiederum nur einen Interdiktenschutz. Allein auch hier dürfte seine Theorie versagen.

Es handelt sich, da D. 39, 3, 1, 23 und C. 3, 34, 2 (2) ohnedies nur entweder die dingliche Klage erweisen oder unecht sind, fast ausschliesslich um zwei Stellen.

C. 3, 34, 1 a. 211 Antoninus Calpurniae.

Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. Is qui index erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi nec clam nec precario possidet (3).

---

mache, wirft, p. 68, den Zweifel auf, ob Scaev. nicht hier eine der vielen an ihn aus der Provinz gerichteten Anfragen beantwortete. Das ist nicht unmöglich, aber selbst dann ist kein Grund vorhanden, für Rom etwas anderes anzunehmen. Redewendungen wie iure constituti loco habetur D. 43, 20, 3, 4 oder velut iure imposita D. 39, 3, 1, 23 bedeuten doch nicht, dass die Zivilklage unverändert statthat. — Nebenbei bemerkt steht zwar die Pomponiusstelle in den Digesten beim Interdikt: sie stammt aber aus der zivilrechtlichen Erörterung de aqua et aqua pluv. arc. zu Sabinus, vgl. Lenel, Pomp. fr. 791 ss. und Paul. fr. 1887 ss.

(1) An diesem Wort nehmen Perozzi, p. 175, und Krüger, p. 70, Anstoss. Aber mindestens die praerogativa deductionis, die Ulp. D. 26, 7, 11 einem Reskript des Antoninus Pius in den Mund legt, ist doch zweifelhaft echt klassisch.

(2) Vgl. Perozzi, p. 176 s., Krüger, p. 65, und zu c. 2 bes. Bonfante, Rivista, *l. c.*; zu l. 1 § 23 a. E. auch Brugi, Studi Fadda 1, p. 34.

(3) Der Schluss mit der Verkehrung der Parteirollen ist nur als ein geistloses Anhängsel nach dem Muster anderer Stellen begreiflich. Vgl. Perozzi, 178. Krüger, 67. Diese anderen klassischen Stellen müssen uns ja gar nicht erhalten sein! Für die Kompilatoren genügte die Wiederholung des Rechtssatzes in irgend welcher Einfügung. So könnte man der sichtlichen Einschiebung in D. 39, 3, 1, 23 und der vielleicht in C. 3, 34, 2 vorhandenen gerecht werden, ohne eine verwunderliche Neuschaffung anzunehmen.

Ist der Text bis sciet wirklich echt (1), so liegt kein Grund vor, die « actiones » zu beanstanden. Der Sinn könnte ganz wohl sein : wenn du eine Servitut hast, so steht dir die actio confessoria zu, und wenn du dich nur auf lange Gewohnheit berufst, so hast du eine actio confessoria utilis.

Ulp. D. 8, 5, 10 pr. Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse.

Man darf zugeben, dass hier manches sprachlich auffällt. Vielleicht sagte Ulp. insbesondere wirklich, wie vermutet wird : « sufficit, ut ostendat » (2) und statt « usum possedisse » (3) vielmehr « se usum esse ». Aber das ändert an sich noch nicht viel. Anders wenn man sich entschliesst, die Worte « et longa quasi possessione » zu streichen, womit m. E. notwendig auch die ohnedies nachhinkenden Schlussworte non vi — possedisse fallen müssten. Da ist die eine Möglichkeit, und damit sänke das Fragment, wie Perozzi wollte, zu einer Anwendung der gerade für den Aquaeduct so oft bezeugten Sonderordnung herab (4). Aber auch diese Regelung würde nicht richtig als blosse Beweisvermutung aufgefasst (5). Letztere hätte dem Officium der Richter angehört, Scaev. D. 39, 3, 26 bezeugt dagegen die tuitio der Magistrate. Sachlich hat es also mit der actio utilis auf alle Fälle seine Richtigkeit. Die andere Möglichkeit besteht

(1) Dies wird nicht ohne Grund bezweifelt : Riccobono, Studi Fadda I, p. 300, behauptet Interpolation von « contra veterem formam » wegen des Gesetzes Zenos C. 8, 10, 12, und Albertario, Filangieri, p. 22, N. 2 folgert daraus scharfsinnig die Interpolation des ganzen Satzes « Is qui — sciet ». Ganz zwingend ist diese Annahme nicht. Nach Zeno C. 8, 10, 12, 1b muss der *Erbauer* eine Servitut haben, um abweichend vom alten Zustand zu bauen, nach Caracalla muss der *Nachbar* des Erbauers eine Servitut haben, um dem Gegner eine schädliche Neuerung zu verbieten und nach dem Zusatz soll diese Servitut durch lange Zeit ersetzt werden. Aber denkbar ist diese Textumgestaltung natürlich.

(2) So gleicherweise Perozzi, 174, wie Krüger, 71.

(3) Vgl. noch bes. Arangio-Ruiz, p. 49, n. 2.

(4) S. oben, p. 408, note 2.

(5) So Perozzi und neuestens mit ihm Albertario, Filangieri, p. 21.

darin, trotz der Annahme geringer Veränderungen der Stelle durchaus Vertrauen zu schenken, wie es auch Lenel tut, und wie es Krüger selbst tut. Aber dann muss man schon mit Lenel bei einer von der Praxis gegebenen actio (vgl. § 1 agi autem hac actione) in factum concepta bleiben. Sie könnte nur der actio de aqua nachgebildet sein, von der Ulpian hier im 53. Buch ad edictum eben spricht. An die Interdikte de aqua darf man mit dem Anspruch auf Wahrscheinlichkeit schon deshalb nicht denken, weil dort ohnedies nicht ein aquaeductus iure constitutus gefordert wird, sondern « sufficit, si iure se ducere putavit » (D. 43, 20, 1 § 10 ; § 19), sodann nicht, weil der usus per tot annos nichts damit zu schaffen hat.

Die Annahme solcher actiones in factum conceptae hat gerade in dieser Lehre heute auch viel weniger gegen sich, als zur Zeit, wo Perozzi schrieb, seit wir jetzt die actio in factum concepta Papinians (1) im Strassburger Fragment kennen. Es verschlägt dabei nicht viel, ob wir sie auf die longi temporis praescriptio adversum creditorem gebaut glauben und folgern, dass sie auch gegen den dominus zustand (2) oder auf die exceptio annalis Italici contractus beziehen (3).

Kurz, wir müssen mit non liquet schliessen, und wissen auch hier nicht, ob die Klassiker wenn sie die longa possessio zur Ersitzung hin ausbildeten, dies allgemein und mit dem Gedanken eines wirklichen prätorischen Sachenrechts getan haben.

Solche Vorsicht wird der hochverehrte Forscher, dem diese Zeilen gewidmet sind, sicherlich billigen. Fürchte ich doch eher, dass ihm schon die Interpolationsannahmen, die ich der Raumbeschränkung halber nur durch Verweisung auf fremde Arbeiten rechtfertigen konnte, das Mass der gebotenen Zurückhaltung zu übersteigen scheinen. Ich würde gerade dies bedauern. Es mag sein, dass gleich den

1) Ulpianfragmente, ed. Lenel, Sitzungsber. der preuss. Akad. 1904, p. 116 s.

2) Partsch, Longi temp. praescr., p. 87.

3) Lenel, Z. d. Sav. St. 27, 71. P. Krueger, ad D. 44, 3, 5, 1.

künstlerischen, sozialen und politischen Bewegungen auch die wissenschaftlichen Methodenneuerungen exzedieren müssen, ehe sie die ihnen gebührende bescheidenere Bedeutung einnehmen können, und vielleicht kann sich auch niemand so recht unbefangen von der Zeitströmung innerlich fernhalten. Aber dass in der Zersetzung der Texte heute im Gegensatz zu der Zeit vor zwanzig Jahren eher zu viel als zu wenig geschieht, scheint mir sicher. Doppelt wohltätig wirken da die Instanzen, die mit beherrschender Sicherheit in dem Neuen das Gute vom Verfehlten sichten; zu den vornehmsten gehört das gewissenhafte Walten des heutigen Jubilars, dem aus herzlicher Dankbarkeit die aufrichtigsten Glückwünsche dargebracht seien.

Ernst Rabel,
Professor an der Universität Göttingen.

La c. 1 Cod. de donat. VIII, 53

e

La forma delle donazioni a personae exceptae

Parte I.

La c. 1 Cod. de donationibus ed il problema della traditio symbolica.

La dottrina della traditio symbolica ha il suo fondamento sicuro in varii testi del Corpus iuris, come furono dichiarati dai Postglossatori, e poi con grande concordia dagli scrittori di diritto Comune. I dubbî, quando si manifestarono, ebbero sempre motivi estrinseci ; scaturivano cioè da altri passi della Compilazione. Ed infatti quella figura di tradizione, comunque si voglia intendere, è realmente inconciliabile con un numero soverchiante di testimonianze contenute nelle stesse fonti ; e sopratutto poi con il concetto materialistico che i Romani ebbero della proprietà, e con la natura di fatto del rapporto di possesso. E rispetto a questo ultimo punto è ovvia la constatazione : che la proprietà per atti tra vivi si acquista nel diritto di Roma solo nel momento in cui la cosa perviene nel potere di fatto dell' acquirente, e che perciò la tradizione deve essere sempre reale, nel senso che la cosa, in seguito alla medesima, deve trovarsi effettivamente nella piena disposizione dell' acquirente. La traditio symbolica, invece, sovverte questo principio fonda-

mentale, ritenendosi per essa trasferito il possesso della cosa in virtù d'un atto simbolico qualsiasi, per una finzione di diritto; mentre poi la cosa, di fatto, resta in quella situazione medesima in cui si trovava. L'anomalia è dunque stridente; ed è vero che la tradizione simbolica porta nella dottrina una contradizione sostanziale, che offende in una volta e la funzione della traditio vera e la struttura della proprietà romana e la natura di fatto del possesso. Per ciò il Savigny (1) potè sopprimere la figura della traditio simbolica senza renderle l'onore di un' ampia discussione; e si spiega pure come nessun altro dei risultati raggiunti nel suo celebre libro abbia avuto maggior fortuna di questo; che, dopo un secolo, ad onta della vita grama vissuta dalla sua concezione del factum possessionis, che ne era il sostrato, resta tuttavia saldo e direi incrollabile. Ma lo straordinario favore che incontrò per questo riguardo la dottrina del Savigny, non può togliere di mezzo la quistione di vedere se essa risponda alla verità storica, e prima di tutto se si possa accomodare al tenore dei passi delle fonti che alla traditio symbolica si referiscono.

E per ora (2) io voglio mostrare soltanto che il problema merita una revisione, che deve appunto iniziarsi con l' esame di un celebre rescritto, riportato nel Codice di Giustiniano; il quale, se da una parte costituì in ogni tempo il punto di partenza della tradizione simbolica, dall' altra può annoverarsi tra i testi che più hanno tormentato lo spirito degli interpreti e suscitato sforzi vigorosi riusciti vani.

Dalla interpretazione diquesto rescritto dobbiamo, dunque, trarre le mosse, per tentare la soluzione di tutto il problema.

---

1) Das Recht des Besitzes 7ª éd. p. 207-210.

2) Il presente lavoro, compiuto già nell' ottobre 1911 e di cui una breve relazione orale fu da me fatta al Congresso giuridico di Roma il 27 del mese sudetto, mi condusse, in seguito, spontaneamente, a indagini più profonde su tutta la materia della traditio ficta, che vedranno la luce nella Zeitschrift der S. S. Esso ricevette da quegli studi posteriori la più ampia conferma, ed è ora divenuto il punto di partenza della revisione di quella dottrina, iniziata così con gli auspicî più lieti, cioè per rendere onore ad un insigne Maestro delle discipline romanistiche. Ho voluto per ciò che lo scritto conservasse la sua forma originaria, evitando anche frequenti rinvii a quegli studi più recenti, in cui la visione del problema è naturalmente più larga.

§ 1. — La c. 1 Cod. de don. VIII, 53.

Il rescritto è degli Imperatori Severo e Antonino, del l' anno 210, e dice: che la tradizione dei titoli d'acquisto degli schiavi fatta per causa di donazione ha efficacia di operare la perfezione della donazione ed il trasferimento del possesso al donatario; il quale, pertanto, può richiedere gli schiavi con la rivendica.

Il Codice riporta il rescritto nella forma seguente:

C. 1. Impp. Severus et Antoninus AA. Lucio. Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum donationem et (1) traditionem factam intellegis: et ideo potes adversus [*donatorem*] in rem actionem exercere. P. P. V K. Jul. Faustino et Rufino Conss.

Ecco, dunque, il tipo più genuino di tradizione simbolica. Ma è pur certo che le fonti romane classiche non offrono alcun indizio che autorizzi di concepire il semplice sospetto della virtù di una tradizione compiuta in siffatto modo. E perciò la costituzione di Severo e Caracalla è stata sempre per gli interpreti e gli scrittori di diritto quello che per gli astronomi è una nebulosa. Le opinioni sono varie, vaganti nell' incerto, sia in ordine alla interpretazione ed al valore del rescritto, e, nel tempo a noi più vicino, rispetto pure alla sua genuinità.

I tentativi di interpretazione si possono tuttavia dividere in due grandi gruppi: dei quali l'uno nega la possibilità che il trasferimento del possesso si possa ricondurre alla semplice consegna dei documenti, e l'altro invece attribuisce una tale efficacia all' atto medesimo. La prima corrente è stata sempre la più larga, almeno nella dottrina; perchè nella pratica, poi, la seconda fu sempre prevalente. È inoltre da notare che dentro ai due sistemi, ora esposti, le spiegazioni e le costruzioni divergono moltissimo ed a volte in modo essenziale.

---

(1) La frase « donationem et » omessa dal Krüger è necessaria nel rescritto; essa è peraltro riportata dal ms. Cassinese, il più autorevole pei primi VIIII libri del Cod.

Per chiarezza dell' esposizione io m' ingegnerò di riassumere in VII gruppi le diverse spiegazioni del nostro testo, ordinandole, per quanto è possibile, cronologicamente; ben inteso che terrò conto soltanto dei connotati di specie per ogni categoria, chè quanto alle particolarità e sfumature individuali ciascuno autore ne ha delle proprie.

***

I. Il posto d'onore spetta alla dottrina più antica, che già dominante tra i Glossatori (1) fu poi affermata dal Savigny con la negazione più energica della figura della tradizione simbolica.

Essa superò agevolmente ogni difficoltà con l'intendere la tradizione dei documenti compiuta in presenza degli schiavi. Così il nostro rescritto si accordava perfettamente con la decisione referita da Paolo nel fr. 1 § 21. D. 41. 2.

Il Savigny, che avea posto fuori dubbio che l'acquisto del possesso non si può effettuare senza un potere fisico immediato sulla cosa, trovò l'espediente della Glossa idoneo a togliere ogni inciampo anche in questo testo; e mediante questa risorsa credette di avere annullata tutta la dottrina della tradizione simbolica.

Siffatto sistema di conciliazione fu dominante fino al 1880, ed è ancor oggi in onore (2); anzi vi ha chi ha potuto di recente asseverare, che il testo del Codice enuncia direttamente che la tradizione corporale degli schiavi fosse in fatto avvenuta.

E siccome questo presupposto non si legge nel testo, e

---

(1) gl. mancipiorum e traditis ad h. l.

(2) Ometto le citazioni degli antichi interpreti, le dottrine dei quali sono largamente esposte da Biermann, Traditio ficta, 1891, cfr. p. 47 seg, p. 71, 98, 221 etcc. Cfr. poi Savigny o. c. p. 220. Ma del Savigny occorreranno più oltre sub n. II e V altre spiegazioni. Scheurl, Besitzrecht p. 100; Böcking, Pand. p. 462 n. 33; Arndts, Pand. § 139 n. 2; Duncker, Besitz p. 238 [peraltro indeterminato]; Molitor, Possess. p. 65; Maynz, Droit rom. § 170 n. 63; Randa, Besitz 4ª ed. p. 441 [per un' altra spiegazione proposta in secondo ordine, v. più oltre sub. n. IV b.]: Ruggieri, Possesso v. I p. 321; Tartufari, Possesso, vol. I p. 139.

nessuno mai l'aveva intraveduto, Hruza (1) per mostrarlo a tutti offre una traduzione nella forma seguente :

« Tu ammetti che dopo avvenuta la donazione e consegna dei documenti di compra degli schiavi, anche (et) la tradizione degli stessi schiavi ebbe luogo ; e quindi puoi sperimentare l'azione reale avverso il donatore ».

Come ognun vede Hruza procede nella versione con grande licenza. Provate a trattare qualunque testo con analoga virtuosità e quel che desiderate vi uscirà ugualmente dal giuoco.

II. Altri scrittori conseguivano lo stesso risultato facendo ricorso al constitutum possessorium. Essi supposero nel testo il possesso trasferito senza che si fosse interrotta la detenzione del donante, il quale da quel momento continuò a tenere gli schiavi nel nome e nello interesse del donatario. Questo espediente fu seguito dal Savigny nelle prime due edizioni della sua opera, ed ebbe in ogni epoca l'adesione di scrittori insigni (2).

III. In aperto contrasto con le interpretazioni sopra riferite, altri ammisero l'efficacia della tradizione simbolica, per cui i titoli di proprietà rappresentano la cosa stessa e la tradizione viene a compiersi essendo la cosa in luogo lontano. Questa dottrina, come si vede, conferisce un rilievo particolare alla nostra costituzione. Essa ha rappresentanti tra i Glossatori, e ne ebbe in ogni epoca, specialmente tra gli scrittori più influenti nella pratica (3).

IV. Nell' epoca a noi più vicina il progresso negli studi storici e nella dommatica del diritto conferì al testo in esame

---

(1) Grünhut's Z. v. 24 p. 266.

(2) Wächter, Pand. II p. 71; Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht (Festgabe für Gneist p. 76) il quale osserva, p. 78, che questa spiegazione se non è la preferita tuttavia è quella che ha una base guiridica; R. Leonhard, Krit. Vierteljah. vol. VII p. 343.

(3) Pothier, Vente n. 314: Troplong, Vente n. 627 (soltanto perciò che riguarda il d. r.: ma il T. è d'altro avviso per il Code civ., con una costruzione peraltro artifiziosa); Thibaut, Pand. § 304; Vering, Geschichte u. Pand. 5ª ed. p. 338; O. Bähr, Ihering's Jahrb v. 29 p. 324 (che adopera un metodo troppo libero d'interpretazione) ; e del resto qui si potrebbe annoverare una vera schiera di scrittori antichi; ma di essi molti esigono pure la praesentia rei, il che toglie qualsiasi importanza al simbolo.

una importanza ancor maggiore; e via via è prevalsa presso gli scrittori la tendenza ad ammettere come cosa del tutto normale l'efficacia della consegna dei documenti per il trasferimento del possesso e della proprietà. È vero che la maggioranza, ora, repudia la figura della tradizione simbolica, ma ammette la cosa. Ma in particolare, poi, dentro questa categoria le divergenze sono più che mai notevoli; poichè alcuni ritengono che la decisione rappresenti una norma singolare nella tradizione degli schiavi; altri la limitano ancora alle sole donazioni degli schiavi; mentre, infine, una larga corrente le attribuisce importanza generale, per tutte le cose mobili ed immobili.

Vediamo particolarmente queste varie opinioni.

a. Ihering (1) trovò la nostra costituzione molto interessante per la determinazione del concetto del possesso. Egli non vi riscontra niente di anormale; se ha fatto difficoltà, egli dice, ciò avvenne a causa della erronea dottrina del corpus possessionis divulgata dal Savigny, la quale si trova di frequente a disagio in confronto alle decisioni classiche e costretta a ricorrere a conciliazioni arbitrarie. Ihering, pertanto, dal suo punto di vista dommatico, credette di risolvere il problema con la più grande semplicità; ove si ammetta, egli dice, che il possesso è la visibilità, l'esteriorità del dominio, è naturale poi la conseguenza che il rapporto di possesso esiste tutte le volte che vi sia uno stato di fatto o un segno visibile che riveli agli occhi di tutti il potere sulla cosa. La tradizione dei documenti avrebbe appunto questo significato. E lo avrebbe in generale per i mobili e altresì per gl' immobili, perchè in tutte le cosi dette forme simboliche di acquisto, vi è la realizzazione dell' idea esatta del possesso, che non è una semplice relazione meccanica, ma invece una relazione costituita da elementi morali e giuridici. Ne segue che per Ihering la presenza della cosa non può essere ritenuta necessaria per l'acquisto del possesso, più che non lo sia la presenza delle parti per l'efficacia della stipulazione (2).

(1) Besitzschutz p. 206.

(2) L'opinione di Ihering è seguita da Strohal, Succession in den Besitz p. 9,

b. Quasi nello stesso tempo il Brunner (1) volle dimostrare che nella decisione in esame era applicata una norma di diritto singolare per il trasferimento degli schiavi, che si sarebbe formata dall' uso volgare della consegna dei documenti di acquisto al nuovo acquirente, onde provare la quietanza del pagamento del prezzo dello schiavo : servus apochatus (2). E cotale uso avrebbe costituito poi la base di una regola di diritto singolare nel commercio degli schiavi, cioè nel senso che la consegna dei titoli di acquisto valeva come atto di trasferimento dei medesimi.

Le dottrine dell' Ihering e del Brunner senza coincidere si corrispondevano in certo modo nel risultato, ed ebbero un' influenza enorme, più o meno palese, su tutti gli scrittori; i quali ormai non osano più mettere in dubbio la nostra decisione, mentre ciascuno poi si industria di trarne partito per foggiare una dottrina del possesso (3). Ma le interpretazioni divergono poi in modo considerevole, sia nei motivi da cui la decisione si pretende determinata, come per l'importanza che si attribuisce alla medesima. Alcuni seguono le tracce del Brunner, e quindi considerano la decisione come l'applicazione di una norma singolare nel commercio degli schiavi, o più cautamente soltanto in materia di donazione di schiavi (4); ovvero più generalmente

---

186, 206; Vermond, Possession, p. 74, che parla però di una semplice presunzione dell' avvenuto trasferimento della cosa (!) Pacchioni, Corso di dir. r. p. 221. Contro si è pronunziato Meischeider, Besitz p. 252; altre citazioni v. nelle note che seguono.

(1) Zur Geschichte der r. und g. Urkunde p. 114.

(2) Cfr. C I L III, 941 n. 2 (Mommsen); Appleton, Studi in onore di Scialoja II p. 505; Bruns- Gradenwitz p. 329 n. 1.

(3) In questa categoria vanno annoverati : Meischeider o. c. p. 254, che trova la contraddizione delle fonti naturale in materia di possesso degli schiavi; Pininski, Sachbesitzerwerb I p. 399.

(4) Goldschmidt, Besitzrecht cit. p. 75, il quale partendo dal caso speciale della donazione di schiavi, arriva poi a generalizzare [p. 78] con una formula assai indeterminata : « in casi molto speciali la tradizione dei documenti vale tradizione della proprietà »; la indeterminatezza si rende più grave nei seguenti scrittori : Saleilles, Les Eléments constitutifs de la possession, p. 66; Cornil, Traité de la possess. p. 193; Gugino, Appunti di diritto romano, 1911 p. 100; Costa, Storia del d. r. p. 199; Freundt, Werthpapiere vol. I 90, il quale peraltro non accetta le conseguenze che ne trae il Brunner.

in qualsiasi trasferimento di schiavi, per la natura particolare del possesso degli schiavi (1); ed altri, invece, sotto l'influenza della dottrina di Ihering, ne fanno applicazione generale per tutte le cose, mobili ed immobili.

Un accenno rispetto alla varietà delle singole opinioni ha poca importanza e può esser dato solo nelle note.

V. Prima del Savigny non si elevò sospetto sulla genuinità del nostro testo; chè il presupposto della presenza degli schiavi, come s'è visto, si riteneva sottinteso, o tutto al più si addebitava alla imperfetta redazione dei rescritti l'omissione di un elemento di fatto così fondamentale. Ma il Savigny, più tardi, in una nota aggiunta alla 6ª edizione (2), inclinò a ritenere che il testo avesse subìto nel Codice inconsiderate mutilazioni da parte di Triboniano; per cui fu reso generale il rescritto che nella sua redazione originaria applicava una norma singolare, vigente per le donazioni di genitori a figli; le quali secondo una costituzione di Antonino Pio, ricordata nei V. F. 314 e nella c. 4 C. Th. VIII. 12, si potevano compiere senza la necessità della tradizione corporale.

Questa tesi fu ripresa e svolta dal Baron in maniera, come sembra, del tutto indipendente (3) e col richiamo,

---

(1) Così in primo luogo Dernburg, Pand. § 178 n. 13: il possesso su schiavi si attua in modo diverso, chè essendo dotati di ragione si sottomettono a chi ha il titolo di proprietà; anche Randa o. c. p. 441 [subordinatamente, cf. avanti n. 1.]; in modo analogo Kindel, Die Grundlagen des röm. Besitzrechts p. 231; la traditio dei titoli esprime la volontà di abbandonare e acquistare la potestas, perchè di regola non è possibile per gli schiavi la custodia. Anche Perozzi, Istit. vol. I p. 548 n. 3, parla di un diritto particolare che vigeva rispetto al possesso degli schiavi, ma dichiara insiem e il testo interpolato. E pure interpolato lo dice Bonfante, Lezioni 1906 p. 96, il quale tuttavia soggiunge che la tradizione mediante i documenti di acquisto era d'uso all'epoca del basso impero, sia in Oriente come in Occidente.

(2) Savigny o. c. p. 221 n. 1; e così Scheurl o. c. p. 100; e Francke, Civ. Abh. I p. 57, il quale del resto si esprime con molta incertezza.

(3) La 6ª édiz. del Savigny è del 1836; il Baron pubblicò il suo articolo nei Jahrbücher f. die Dogm. VII p. 60 seg., l'anno 1865, e si riferisce, come è naturale alla 6ª ediz. dell'opera del Savigny (cfr. p. 69 n. 2); ma egli poi combatte il presupposto della praesentia, che come sappiamo fu pure sostenuto dal Savigny, senza peraltro fare alcun cenno della nuovissima opinione contenuta nella 6ª edizione.

accanto alle leggi del Teodosiano, di un passo di Paolo S. V. 1. 11.

Secondo questi scrittori dunque il rescritto si ridurebbe perfettamente in ordine riferendolo al caso speciale di donazione di genitori a figli.

VI. Si ritenne da altri che nel testo originario non potesse mancare la « mancipatio », necessaria per il trasferimento del dominio ; la quale dovette naturalmente esser soppressa da Triboniano.

Questa opinione fu sostenuta con grande vigore dallo Alibrandi (1) cui aderirono il Pernice (2) ed oggi buona parte dei romanisti italiani (3).

E se non ha potuto trovare più largo consenso fuori di Italia ciò si deve certamente attribuire alle nuove dottrine del Brunner e del Ihering ; le quali molto più note e diffuse, come sappiamo, hanno dato poi al rescritto un grande rilievo.

---

(1) Teoria del possesso, op. p. 259 [1871].

(2) Nella recensione alle opere dell' Alibrandi in Z S S. vol. 18 p. 240. Cfr. anche Hruza, Grünhut's Z. vol. 24, p. 266.

(3) Così il Ferrini, Pand. p. 318 n. 3; Perozzi, Ist. I. 458 n. 3; Bonfante Lezioni 1906 p. 96; Ascoli, Trattato delle donazioni p. 331; il quale però diverge dall' Alibrandi in modo essenziale, in quanto congettura bensì che Triboniano abbia eliminata dal testo la menzione della mancipatio, ma egli crede che la tradizione degli instrumenta mancipationum, sia considerata nel rescritto di efficacia pari come se fosse intervenuta la mancipatio. Perciò la restituzione del testo da lui proposta, nella parte essenziale, dice : « donationem et *mancipationem* factam intellegis ». Questa restituzione è impossibile; nè Ascoli ha potuto addurre nessun argomento, che renda verisimi una così grave applicazione, in cui la tradizione degli istrumenti di manc. abbia l'effetto della mancipatio!

Alibrandi l. c. p. 260 n. 4 cita pure C. Re, Storia delle solennità negli atti di donazione, 7 che avrebbe proposta una restituzione molto analoga a quella or riferita dello Ascoli. Re avrebbe rifatta la decisione così : « ipsorum mancipiorum *mancipationem* et traditionem *cet* ». L' Alibrandi, evidentemente non l'accoglie; essa è infatti come quella dell' Ascoli del tutto fuori le nostre cognizioni. Ma per la verità è da notare che il lavoro del Re, citato dallo Alibrandi, fu pubblicato nel Giornale di Giurisprudenza teorico-pratica, vol. 1 p. 527 seg. [Roma 1870], e non contiene nemmeno la citazione del nostro rescritto. Io suppongo verisimile che l'Alibrandi abbia letto le bozze impaginate del lavoro del suo discepolo, il quale poi, in seguito alle osservazioni critiche del Maestro, avrà soppresso tutto il brano, che conteneva quella congettura.

VII. Molti scrittori infine hanno considerato la costituzione da un punto di vista tutto particolare, ovvero hanno rinunziato a cavarne un costrutto.

Cosi il Windscheid (1) dice : che la costituzione mira piuttosto a risolvere la questione se il possesso si debba ritenere acquistato mediante il concorso della volontà del possessore attuale. La quale interpretazione, evidentemente arbitraria, pare scelta apposta, al fine di togliere qualsiasi valore ad un testo cosi indisciplinato (2).

Il Klein (3) disse la decisione determinata dalla teoria di Proculo e Celso che ammettevano l'acquisto del possesso « animo » senza la presenza della cosa; la quale dottrina secondo il Klein fu adottata rispetto ai mobili nel secolo II°, e contradetta di poi da Papiniano e Paolo.

Exner (4) considerò la decisione come un esempio particolarissimo di trapasso della proprietà per tradizione simbolica, ma senza acquisto del possesso.

Rudorff (5) precorse in certa maniera Brunner, e vide nel rescritto applicato l'uso del diritto più recente in cui la disposizione dei documenti di prova equivale a disposizione del diritto che essi rappresentano; e con patente contradizione inventò poi una utilis in rem actio in favore del donatario (6).

Il Ferrini (7), che pure ammette l'interpolazione sospettata dall' Alibrandi, non arrivò a formarsi un' opinione, e concluse che i compilatori difficilmente ebbero un' idea chiara della cosa.

Hirsch (8) qualifica il rescritto come un tentativo rimasto deserto, e quindi la decisione sarebbe per il d. r. irrilevante.

---

(1) Pand. § 153 n. 10.

(2) Contro anche Goldschmidt, Besitzrecht cit. p. 67 n. 4; invece il Pininski o. c. p. 399, dice che la opinione del Windsceid è la meno erronea.

(3) Sachbesitz und Ersitzung p. 22.

(4) Rechtserwerb durch Tradition, p. 156-167.

(5) Nelle note all' opera del Savigny p. 636.

(6) Contro anche Brunner e Goldschmidt l. c. p. 66.

(7) Pandette p. 318 n. 3.

(8) Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbs, p. 216.

§ 2. — Valore delle diverse interpretazioni.

Dalla relazione che precede si rileva che attorno al nostro rescritto s'è costruito un castello di congetture che l'opera di tante generazioni di dotti ha innalzato sempre più alto, su basi di creta. E perciò è agevole intendere come nell' epoca più recente quella dottrina, che supponeva la presenza degli schiavi, e che dominò per lungo tempo, fu di un tratto avanzata da quella Ihering-Brunner, la quale in diversa maniera accetta il rescritto come è riportato.

Di questo vantaggio indiscutibile gli scrittori hanno saputo trarre conseguenze notevolissime per la teoria del possesso. Il rescritto pertanto ha acquistato un' importanza di prim' ordine, essendo ormai divenuto un baluardo, anzi un posto avanzato, per le nuove ed ardite concezioni della teoria del possesso.

Io non credo necessario indugiarmi ad esaminare particolarmente tutti i tentativi di interpretazione di sopra riferiti, perchè reputo sufficiente per risolvere il problema fermarmi all' esame del dilemma : è il rescritto riportato nella sua redazione genuina, o fu alterato dai compilatori? E peraltro l'indagine pur circoscritta entro questi limiti rimane sempre così complessa da abbraciare, più o meno direttamente, tutte la spiegazioni che si sono messe avanti. Gli espedienti conciliativi, del resto, escogitati per porre in armonia la nostra decisione con le altre testimonianze classiche, sono oramai a terra ; così quello che faceva ricorso al constitutum possessorium e l'altro che supponeva la presenza degli schiavi nell' atto della consegna dei documenti; i quali espedienti oggi sopravvivono per forza di inerzia.

Vediamo dunque se il testo fu alterato da Triboniano.

§ 3. — Interpretazione e riferimenti erronei del Baron.

Il Baron credette poter dimostrare in maniera irrefutabile che il rescritto degli Imperatori si riferiva originariamente ad un caso di donazione di genitori a figli, per cui, in

conformità delle disposizioni di Antonino Pio, l'atto sarebbe stato esente da ogni solennità. Questà premessa, per quanto attiene alla norma singolare di diritto, è certamente erronea.

Ma pur ritenendola per un momento accertata, essa non potrebbe adattarsi al nostro testo, perchè il redattore della costituzione non avrebbe mai potuto scrivere « et ... traditionem factam intellegis » se, di fatto, la tradizione non solo non avea avuto luogo, ma era nemmeno richiesta in ossequio al privilegio di Antonino Pio. L'osservazione è cosi intuitiva e molesta che il Baron si vide costretto ad avvertire, che la parola « traditio » non si dovesse intendere alla lettera, nella sua accezione tecnica, ma sibbene nel senso di trasferimento della proprietà.

Il ripiego è evidentemente grossolano, idoneo a persuadere subito il lettore che è vano per rendere piano il rescritto, riferirlo ad un caso in cui la mancipazione e la tradizione non fossero richieste, in virtù di norma singolare. Dacchè se in esso la tradizione è contemplata espressamente come avvenuta, in una maniera qualsiasi, è illogico pensare ad un caso in cui la tradizione non si esigeva.

Ma più particolarmente poi non è vero che il favore accordato da Antonino Pio alle donazioni di genitori a figli abbia avuto quel contenuto ; che egli abbia cioè dichiarato, tutto d'un tratto, esenti da qualsiasi esteriorità, ed in particolare dalla mancipatio, quelle donazioni. Questo punto di diritto sarà illustrato più oltre; onde fin d' ora la spiegazione del Baron può ritenersi destituita di fondamento, e come tale mettersi da parte.

§ 4. — L'Alibrandi volle inserire nel testo arbitrariamente la menzione della mancipatio.

Fra gli scrittori che meglio approfondirono lo studio del nostro rescritto emerge l'Alibrandi ; il quale addebbitò ai compilatori di aver soppresso nel testo del Codice la mancipatio. È indubitato, egli dice, che il trasferimento di schiavi si effettuava, fino a Giustiniano, mediante la mancipatio, è ancora fermo che il rescritto consente all' adressato di eser-

citare la rivendica contro il donante; e per conseguenza, se il rescritto riconosce il dominio nella persona del donatario, ciò vuol dire necessariamente che la mancipatio ebbe luogo. Il ragionamento dell' Alibrandi è nella sua semplicità poderoso e, a tutta prima, invincibile, come già apparve al Pernice; e certamente non è stato superato da nessun altro scrittore (1). Fermiamoci dunque alquanto per vagliarlo in ogni sua parte.

E certamente le affermazioni di diritto con le quali opera l'Alibrandi sono vere nel modo più assoluto; perchè la proprietà di res mancipi non può trasferirsi senza un atto solenne, in nessun caso; e perciò diciamo che la sua argomentazione è lucida e diritta. Ma tutto ciò non basta per restituire un testo classico. I presupposti di cui l'Alibrandi si serve potrebbero essere inconciliabili con alcuni elementi di fatto che emergono nel rescritto; ed allora l'Alibrandi avrebbe operato sulla base di una verità assoluta, che ci è nota da molte altre testimonianze delle fonti, ma non avrebbe egli scoperta la verità relativa in ordine al nostro rescritto, che è quella appunto che noi cerchiamo. E sorprende che l'Alibrandi, ricostruttore sagacissimo ed a volte audace di testi classici, si sia qui astenuto dall' esperimento di rifare il passo, inserendovi la menzione della mancipatio, che secondo il suo modo di vedere avrebbe ridato forma classica al testo ed eliminato tutte le anormalità che esso presenta. L'Alibrandi dice soltanto che al posto dell' instrumento di compra nel testo genuino ci doveva essere la mancipatio. Or la sostituzione non è così agevole come sembra; poichè data la struttura del passo, che è perfetta per ogni riguardo, non vi è assolutamente posto per inserirvi la mancipatio, nè la presenza degli schiavi; i quali elementi o, se si vuole, uno di essi soltanto, introdotti nel testo in un punto qualsiasi, lo sconquassano. Ed invero il rescritto è di una modellatura perfetta e delicatissima, e non tollera intrusione di altri elementi. C'è bisogno di dimostrare questo? Ma provate ad inserirvi la presenza

(1) Dubbi in contrario ha manifestato Mitteis, Privatrecht, I, p. 153 n. 12.

degli schiavi, ed allora l' atto della consegna dei documenti perde qualsiasi funzione. Lo stesso è a dire per la mancipatio. La quale trattandosi di mobili esige la presenza dello oggetto. Si avrebbe allora lo strano risultato, che il rescritto porterebbe la menzione di tutto quel che non serve alla decisione ed ometterebbe i presupposti su cui la medesima si poggia. Invece, a voler supporre gli elementi voluti dallo Alibrandi, il testo avrebbe dovuto assumere, sostanzialmente, la forma del responso di Papiniano, che si legge nei V. F. 264. Matrem, quae sine tutoris auctoritate filio donationis causa praesentes servos mancipio dedit, perfecisse donationem apparuit.

Modello questo veramente elegante di una decisione, che in un breve periodo stringe tutti gli elementi che vuole l'Alibrandi, ed insieme quelli cui si riportava il Savigny; cioè presenza degli schiavi, mancipazione, e donazione di madre a figlio. E se pure i compilatori vi avessero eliminato la parola mancipatio, tuttavia nel passo sarebbero rimasti i presupposti necessari e sufficienti d' una decisione piana e normale.

Ma, come ognun vede, il rescritto di Severo e Caracalla ha un indirizzo del tutto diverso. La decisione : et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intellegis, è collegata così saldamente con gli elementi di fatto che precedono, che se si toglie la sola congiunzione « et » tutto il periodo si rallenta e si sfascia. Perciò io insisto nella opinione manifestata avanti, di ritenere necessaria nel testo la parola « donationem » perchè agli elementi di fatto enunciati nel quesito : « instrumentis donatis et traditis » corrisponde in maniera geometrica nella decisione la frase : « donationem et traditionem factam intellegis ».

E pertanto chi voglia restituire nella sua forma genuina il rescritto di cui ci occupiamo, non può spingere l'audacia fino a sconvolgere quello che riporta il testo. E la prova l'abbiamo dal Pernice, il quale recensendo l'opera dello Alibrandi, aderiva alla opinione del grande italiano, e credette in nota di poterla completare proponendo una ricostruzione del tenore seguente :

Servis donationis causa mancipatis, emptionumque instrumentis traditis, et ipsorum mancipiorum traditionem factam intellegis.

Io non credo che l'Alibrandi avrebbe potuto approvare siffata restituzione del testo, perchè la mancipatio presuppone la presenza degli schiavi, e perciò la tradizione dei titoli non può avere funzione alcuna; che se poi alla medesima si voglia attribuire l'efficacia di operare, per sè, il trasferimento del possesso dei servi, appunto nel senso della opinione divenuta ora dominante, siffatta soluzione era ben lontana dal pensiero dell' Alibrandi; e noi sappiamo, peraltro, che essa non ha nelle fonti altro fondamento; perciò non può ricevere forza da un testo rifatto per via di soppressioni, aggiunte e spostamenti. La critica deve passare oltre ove si affaccia la virtuosità.

Gli accomodamenti del testo sono pertanto assai facili quando siano solo mentali, dacchè poi all' esperimento pratico si manifestano incongrui. Ed io dico che tutte le congetture, che in vario modo operano con nuovi elementi, sono fallaci, quando riescono precisamente a svalorare od a pervertire quelli che il testo in realtà contiene. Una concordanza tra i presupposti di fatto che il passo enuncia, e quelli che gli scrittori vi vogliono introdurre non è possibile.

Altri dirà, che non è nuovo nè strano che i compilatori abbiano potuto sopprimere nel testo alcune parti e sostituirne delle altre. Or precisamente questo non si può ammettere, per la perfezione formale del rescritto. La mano dei compilatori potè passare su di esso, ma certamente vi passò assai leggiera, senza toccare la linea e guastarne la struttura. Questo punto è essenziale. La critica deve arrestarsi, qui e sempre, dinanzi alla perfezione della forma che ha i suoi diritti intangibili. Congetture che sovvertono, senza altro fondamento, quello che i testi riferiscono sono senza valore. E quindi diciamo che il rescritto doveva necessariamente contenere una risposta negativa alla domanda di Lucio, che pretendeva valida la donazione in proprio favore

compiuta con la tradizione degli istrumenti di compra degli schiavi.

Queste considerazioni ci conducono per altra via alla soluzione del problema.

§ 5. — La forma originaria del rescritto.

La verità è che gli scrittori non hanno considerato che un aspetto del problema, quello di togliere una discordanza gravissima dalle fonti, che nasce dal confronto del nostro rescritto con i principî più fermi del diritto romano ; ma non hanno considerato l' altro parimenti grave delle consuetudini e norme diverse vigenti nelle provincie dello impero, e particolarmente in quelle che avevano subìta l'influenza ellenica. Si sa che in ogni parte dell' impero vivevano cittadini romani, tali per nascita o per concessione speciale, e che quindi in questo momento, prima della constitutio antonina, il diritto romano, che valeva per loro come diritto personale, doveva vivere in un ambiente straniero, in mezzo ai diritti ed alle consuetudini locali di carattere ben diverso. Che le norme di questi diritti locali e gli usi più o meno legittimi vigenti nelle provincie dovessero prevalere anche nel commercio tra cittadini romani è cosa intuitiva. I documenti e le attestazioni che provano la ignoranza del diritto romano e la degenerazione che subivano le norme di esso nelle provincie, anche dopo la constitutio antonina, vengono ogni giorno posti in maggior rilievo (1). E di questa condizione di cose bisogna tener conto, per ora come semplice ipotesi, nel valutare il rescritto che abbiamo in esame. Esso ha la data del 210, e reca l'impronta certa dello stile di Papiniano. È costruito di tre periodi : — il fatto : emptionum..... traditis ; — la decisione : et ipsorum..... intellegis ; — la conseguenza : et ideo..... exercere.

Ecco lo scheletro di qualsiasi dimostrazione che lo scrittore gagliardo sa costringere in breve, iniziando il periodo

(1) Cfr. Mitteis, Reichsrecht p. 151 seg.

con un ablativo assoluto, che preme su tutte le parti del discorso. Papiniano possiede quest' arte in sommo grado, e sa ridurre tutto a semplicità sintetica; e percio fa uso frequente del verbo in fine: respondi, dixi, apparuit, placuit, che contrae vigorosamente tutto il periodo; così una cordicella salda e pieghevole avvolge e stringe il manipolo di fieno o il fascio di legna. Esempii di responsi che hanno analoga struttura sono sparsi in tutta l'opera di Papiniano, e ne vedremo parecchi più oltre.

Or di fronte ad un passo così perfetto nella forma l'interprete, se non può rassegnarsi ad accogliere quel che vi trova riferito, egli deve rivolgersi prima di tutto a ricercare la soluzione più semplice, che sappia rispettare la struttura e la forma del testo. A ciò si giunge nel nostro caso mediante una doppia indagine:

a. È possibile che Lucio abbia proposto all' Imperatore il quesito, se la consegna degli istrumenti di compra degli schiavi, fatta per causa di donazione, possa effettuare la donazione e la tradizione dei medesimi? Io respondo, Si.

b. È possibile che il redattore del rescritto nell' a. 210 abbia potuto rispondere affermativamente come dice ora il testo del Codice? Io rispondo, No.

E la soluzione semplice è ritrovata. C'è nella combinazione delle due parti, che sono fra loro in contrasto rispetto allo stesso problema giuridico: la pretensione di Lucio che aspirava ad ottenere la dichiarazione dell' efficacia di una donazione compiuta con quei mezzi; e la risposta negativa dell' Imperatore; due aspetti antitetici dello stesso problema, di cui le parti sono necessariamente coordinate e combacianti punto per punto.

Il rescritto, dunque, potè essere redatto nella forma seguente:

Emptionum mancipiorum instrumentis [a patre tibi] donatis et traditis, [frustra] et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intellegis; et ideo [non] potes adversus [eum] in rem actionem exercere.

I ritocchi che subì il testo furono come si vede lievissimi, per quanto gravi negli effetti.

Di secondaria importanza sono e la soppressione delle parole « a patre tibi », e il mutamento del pronome « eum » in « donatorem ».

Invero il rescritto dovea contenere la menzione del rapporto di parentela tra le parti; il pronome « tibi » è necessario, perchè nel seguito il discorso si dirige ad una persona determinata, a Lucio : intellegis..... potes. E peraltro tutta la frase doveva essere eliminata, perchè il rescritto riferentesi al caso speciale di donazione di genitore a figlio, fu nella compilazione assunto con una diversa decisione che doveva avere carattere generale. Ma questi rilievi hanno poca importanza.

Rispetto alla forma del rescritto mi si consenta un' altra osservazione, già di sopra accennata.

Altri responsi e rescritti usciti dalla mano di Papiniano hanno struttura identica, ed ora giova avvicinarli per confronto al nostro. Così in un rescritto dell' a. 209 a certa Marcellina, che follemente pretendeva il riconoscimento dalla Autorità imperiale di un diritto di pegno, malgrado la sentenza contraria in un primo giudizio, gl' Impp. Severo ed Antonino rispondono :

C. VIII, 19, 1..... Quod cum in tua persona factum non sit (iudicatum est enim te pignora non accepisse), frustra putas tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis.

Altro responso di Papiniano ha grande analogia per la forma e per la sostanza con la decisione contenuta nel testo in esame : V. F. 296. Papinianus libro II responsorum. Donationem, quam pater in filium, quem in familia retinuit, frustra contulit, arbiter hereditatis dividundae non sequitur; et ideo..... non erit.

E più oltre un testo, che va certamente attribuito a Papiniano, ha la stessa struttura :

V. F. 332. Procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus eius frustra recusat; et ideo nec.....

Ed ancora :

D. XIII, 7, 40, 1 : Papin. III, respons. Debitoris filius, qui

manet in patris potestate, frustra pignus a creditore patris peculiaribus nummis comparat; et ideo.....

È sempre dunque lo stesso schema del responso che il grande giureconsulto costruisce con tre periodi essenziali.

La predilezione di Papiniano per l'uso dell' avverbio « frustra » è nota (1) :

Frustra pacisci : Pap. 4 respons. D. XXIII, 3, 69, 9.
Frustra..... desideratis. C. II, 44, 1. a, 204.
Frustra..... adseris. C. IV, 30, 1. a. 197.
Frustra times. C. V, 37, 1. a. 206.

Il verbo « intellegis » è pure frequente nei rescritti della cancelleria di Settimio Severo (2) :

C. II, XXX (31). 1, a. 197.
C. V, 62, 3. a. 206.
C. VIII, 16, 2. a. 203.
C. VIII, 41, 3. a. 208.

Ma la prova per quel che riguarda il contenuto del rescritto, secondo la restituzione proposta, deve essere apodittica, e raggiungere tutta quella evidenza che abbiamo riconosciuta nel ragionamento dell' Alibrandi. Ed all' uopo occorre riprendere l'esame dei due quesiti posti di sopra ed illustrare le risposte l' una affermativa e l' altra negativa, come furono già utilizzate nella restituzione del testo.

---

(1) Costa, Papiniano vol. I p. 268.

(2) Nei rescritti che hanno data posteriore a Papiniano ritorna con molta frequenza e la stessa struttura dei periodi e l' uso di vocaboli prediletti al grande giureconsulto : frustra, intellegis etcc.; ma ciò dimostra che Papiniano lasciò un' impronta indelebile nella cancelleria imperiale, e che i rescritti da lui redatti servirono di modello fino a Diocleziano e per il ritmo del pensiero e per la forma [cfr. Leipold, Ueber die Sprache des Juristen Papin. p. 71 n. 1; Kalb, Bekannte Federn in den Rescripten röm. Kais. in Comm. Wölfflinianae p. 332 n. 2]. È perciò è imprudente servirsi di cotesti elementi formali per determinare altrimenti la data della morte di Papiniano; cfr. Costa, Papin. vol. I p. 38, Fitting, Alter und Folge p. 71. — Ma rispetto al nostro rescritto sarebbe davvero vano negare la paternità di Papiniano per il motivo che il giureconsulto nell' a. 210 accompagnò l' Imperatore in Britannia; dacchè in contrario si osserva che la morte di S. Severo avvenne a York il 4 Febbraio 211, e tuttavia la c. 3 Cod. I, 2 del 27 Dicembre 210 è attribuita pure da Leipold e Kalb a Papiniano.

A. Prima di tutto bisogna togliere di mezzo alcuni confronti che si sono fatti dagli interpreti del nostro rescritto (1), e che in realtà non hanno alcun valore. È vero che la tradizione degli istrumenti di acquisto era in uso nei negozii consensuali, e che aveva effettivamente l'efficacia di perfezionare il contratto. Così i giureconsulti ritengono la consegna dei titoli di acquisto come una manifestazione idonea della volontà per concludere la compravendita, il pegno (2), il trasferimento di crediti (3).

E se il testatore lega le tavole della proprietà di un fondo o di un credito i giuristi dicono che il legato del fondo o del credito è efficacemente designato (4). Tutto ciò è ben detto; perchè ai fini della perfezione di un negozio consensuale basta una manifestazione di volontà comunque espressa. La trasmissione allora del titolo d' acquisto di una cosa serve soltanto a determinare in maniera precisa l' obbietto del contratto, e nient' altro. E quanto al legato dei titoli, poi, è evidente che nelle disposizioni testamentarie occorre precisamente che il testatore dimostri in modo certo l' oggetto del legato (5), e la designazione del titolo di acquisto o di credito vale come dimostrazione idonea del legato. Inoltre la consegna del documento di compra dello schiavo fatta allo stesso ha significato di rinunzia, di fatto, all' esercizio del diritto di proprietà sullo schiavo, e quindi di una manumissio inter amicos, la quale, com' è noto, opera semplicemente tuitione praetoris. Giustiniano la designa come novissimus

---

(1) Anzitutto dal Brunner, Geschichte cit. p. 144; e poi da Goldschmidt, Besitzrecht cit. p. 72 seq.

(2) C. 8, 16, 2 : Cum constet pignus consensu contrahi, non dubitamus eum, qui emptiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse [a. 207]. Cfr. C. 8, 25, 7 [a. 287]; C. 4, 39, 7 [Diocl. e Mass.]; D. 13, 7, 43 pr. [Scevola].

(3) D. 30, 44 § 5 [Ulp.].

(4) D. 32, 59 [Julian.]; D. 30, 44 § 5 [Ulp.]; nel fr. 92 pr. D. 32 la esclusione dal legato dei beni rappresentati dai titoli dipende dalla stessa dichiarazione del testatore; così nel fr. 102 pr. eod. [dove tuttavia è interpolata la chiusa : *quidem... verum si...* deberi.] [e nel fr. 12 § 45 D. 33, 7].

(5) Infatti in tutti i casi i giuristi si riferiscono alla « cogitatio » del testatore; cfr. Jul. in D. 32 fr. 59 : Qui chirographum legat, non tantum de tabulis cogitat, sed etiam de actionibus *cet.*

antiquae latinitatis modus e la circonda di nuove garenzie (1), ma certamente doveva essere in uso nell' epoca classica; infatti il furto dei titoli di acquisto è ricordato appunto in relazione al processo della libertà (2).

E parimenti la consegna del chirografo al debitore importa remissione del debito, la quale opera mediante la ex. doli o pacti (3).

Ma tutte queste applicazioni, in cui la disposizione dell' instrumento vale come riferita alla cosa stessa, hanno nulla che vedere col caso nostro in esame; perchè, nè il negozio consensuale, nè la manumissio inter amicos, nè la remissione del debito possono menomamente offrire materia di confronto rispetto al trasferimento della proprietà di cose per atti inter vivos, per cui si esige la solennità della mancipatio, e sempre la tradizione effettiva della cosa.

Il diritto romano non poteva andare più in là, nè sorpassare questo limite assoluto; appunto perchè esso non conosce la scrittura come elemento perfezionativo dei negozi giuridici, nè per il trasferimento della proprietà nè per la costituzione di un' obbligazione (4).

***

Ma, invece, su questo punto il contrasto è essenziale tra il diritto di Roma ed il diritto greco, e quindi tra quello e le consuetudini giuridiche vigenti nelle provincie orientali, che avevano subìta l'influenza greca.

Quivi la scrittura era la forma comune e generale per l'esplicazione della vita del diritto, e perciò per il trasferimento della proprietà e la costituzione di vincoli obbligatorii.

Nè occorre addentrarci in un esame particolare di questa materia, che è ormai a dovizia illustrata dal materiale papirologico venuto alla luce, e fu posta già in grande evidenza

(1) C. 7, 6, c. un. § 11 a. 531. Cfr. Eisele, Studien zur röm. Rechtsg. p. 96.
(2) Cod. 4, 19, 20 [a. 294].
(3) D. 39, 6, 18, 2 [Jul.]; D. 2, 14, 2, 1 [Paolo]; D. 34, 3, 3, 1, 2 [Ulp.].
(4) Cfr. Mitteis, Reichsr. p. 459 seg.

dal Mitteis, anche in base agli elementi stessi che offrono i rescritti imperiali contenuti nel Codice di Giustiniano (1). Dai quali si desume che nelle provincie orientali dello impero, la scrittura conservava nella pratica, anche dopo la constitutio antonina, tutta l'importanza che aveva avuto nei diritti locali, per cui il documento scritto era considerato come l'elemento essenziale di qualsiasi negozio giuridico. Ai fini della presente dimostrazione sarà sufficiente scegliere due esempi insigni, che collimano perfettamente con la petizione indirizzata da Lucio agli imperatori Severo e Caracalla, che è argomento del nostro esame.

C. 15 § 1 Cod. 3, 32 [Diocl. et Max. Aurelio Proculino]..... Si igitur antecedenti tempore possessionem emisse ac pretium exolvisse apud praesidem provinciae probaveris, obtentu non datorum instrumentorum expelli te possessione non patietur.

V. F. 297 [Diocl. et Const. Clodiae Juliae Ptolemaidi] Cum matrem tuam donationis instrumenta in neptem suam fecisse nec ea tradidisse dicas..... ut quaestio, quae inter vos orta est, cognita causa comprimatur, a viva matre tua neque instrumenta neque possessionem traditam esse ostende.

L' uno et l' altro rescritto contemplano il trasferimento della proprietà; per causa di vendita il primo, per donazione il secondo; e, come si vede, nelle petizioni delle parti è precisamente confermato l' uso della consegna della scrittura o dei titoli di proprietà all' acquirente. Non solo. Ma nel primo caso Proculino teme di essere cacciato dal fondo, di cui ha pagato il prezzo ed ha il possesso, soltanto perchè non ebbe consegnati i titoli di proprietà. Anzi un terzo, come sembra, in base al possesso dei medesimi pretende di avere un diritto poziore sul fondo. L'Imperatore risponde: che ciò non conta; e che invece la priorità nell' acquisto del dominio si determina unicamente dal possesso effettivo del fondo. E la risposta a Tolemaide è identica. La donazione, dice l'Imperatore, è inesistente; ma tu devi provare appunto

(1) Mitteis, Reichsr. p. 515 seg.

che alla donatrice non fu consegnato l'istrumento e nemmeno data la cosa. Secondo Diocleziano in questo rescritto la consegna dell' istrumento ha valore soltanto come manifestazione della volontà di donare fatta direttamente alla donataria (1).

Ma, inoltre, le manifestazioni di quel contrasto tra il diritto imperiale e la consuetudini delle provincie d'Oriente incalzano da ogni parte, incessantemente, nei rescritti. Così in Cod. IV, 19, 21 Diocleziano deve rassicurare Crispo, che la sottrazione degli istrumenti d'acquisto compiuta dagli avversari può per nulla pregiudicare il suo dominio sui predii in lite.

Ma sopratutto poi è sorprendente osservare, che, dopo la constitutio antonina, immediatamente, il principio romano, che esige l'immissione nel possesso per l'acquisto del dominio, si trasfigura nelle provincie orientali ed assume l'importanza d'una clausola dell' istrumento di alienazione; e come nel diritto imperiale l'atto della presa del possesso è elemento necessario, così in quelle provincie viene considerata essenziale la dichiarazione contenuta nella scrittura; onde si forma e si diffonde la persuasione che il passaggio del possesso si effettua soltanto in forza di quella clausola, senza la corporalis traditio (2).

Alessandro Severo deve appunto dissipare il dubbio che affanna il compratore di un fondo, il quale teme di non avere affatto il possesso del medesimo, perchè l'istrumento non comprendeva la clausola della tradizione del possesso; l'Imperatore risponde : Minus instructus est, qui te sollicitum reddidit..... licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio, ipsa tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti. Cod. VII, 32, 2.

---

(1) Non può ammettersi altra interpretazione di questo rescritto; quella data dal Brunner, Geschichte cit. p. 61 è inesatta; cfr. il mio scritto « Traditio ficta c. VI ».

(2) La clausola relativa alla tradizione ha origine, com' è noto, dall' istrumento romano : cfr. donatio Fl. Artemidori v. 18 : inque vacuam possessionem... ire *cet.*; donatio Statiae Irenes v. 13 : V, F 265, 314.

Dello stesso tenore è un rescritto di Diocleziano dello a. 294, che si riferisce alla donazione di un fondo tributario a certa Dionisia :

Cod. IV, 21, 12. Non idcirco minus in vacuam inductus praedii donationis causa possessionem, quod eius facti prætermissum instrumentum adseveratur,.....

E lo stesso Imperatore in materia di compravendita rescrive :

Cod. IV, 38, 12. Non idcirco minus emptio perfecta est, quod emptor..... vel instrumentum testationis vacuae possessionis omissum est : nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet.

Il nodo vitale della quistione è qui, dunque. Si rinviene nel contrasto tra il diritto imperiale romano ed i diritti e le consuetudini delle provincie orientali; in cui data l'importanza della scrittura e la sua efficacia dispositiva, si potè attribuire alla consegna dei titoli (1) forza traslativa della proprietà e del possesso, particolarmente di schiavi; come, parimenti si potè in seguito (2) ritenere la clausola traditionis, contenuta nell' atto, come la condizione essenziale per l'acquisto del possesso e del dominio.

E pertanto possiamo conchiudere, rispetto al primo quesito, ritenendo la petizione di Lucio rivolta agli Imperatori S. Severo e Caracalla come una manifestazione espressiva di consuetudini giuridiche vigenti nelle provincie d'Oriente ; in conformità delle quali Lucio aveva avanzato la pretesa di avere acquistato il possesso e la proprietà degli schiavi, in forza della donazione e della consegna a lui fatta dei titoli di compra degli schiavi medesimi.

Gl' Imperatori deridono siffatta pretesa.

---

(1) La consegna dei titoli occorre più volte nei papiri greco-egizii: confr. compra di un fondo dell' a. 153/54 [Bruns-Gradenwitz, Fontes, p. 363] : ᾗ καὶ ἀνέδωκεν τὴν γενομένην κατὰ χειρόγραφον διαίρεσιν. Cfr. Mitteis Grundzüge II, 1, p. 193.

(2) La menzione della traditio delle cose alienate si rinviene raramente nei papiri, e soltanto dopo la c. antonina : cfr. B G U 316 [Bruns-Gradenwitz c. p. 366] compra di uno schiavo dell' a. 359 : καὶ παρέδωκεν αὐτῷ τὸν προγεγραμμένον δοῦλον , κυρίως ἔχειν κτλ. : e vedi Mitteis, Grundzüge II, 1, p. 171, 188.

B. E la risposta negativa non ha bisogno ormai di una particolare illustrazione, chè essa è stata data in modo esauriente nelle pagine che precedono, specialmente col confronto di altri rescritti imperiali; dai quali si desume che fino a Diocleziano il diritto romano non derogò mai al principio: che per il trasferimento del dominio si richiede la mancipatio per le res mancipi, la traditio per le altre cose, qualunque possa essere, peraltro, la causa di trasmissione inter vivos: onerosa o lucrativa; e perciò anche quando si tratti di donazioni tra congiunti.

Ne segue che il nostro rescritto dell' a. 210, che si riferiva come è probabile ad una donazione di padre a figlio, dovette dichiararne *tout court* la inesistenza, perchè la semplice consegna dei titoli di acquisto al donatario non poteva sostituire la solennità richiesta per il trasferimento della proprietà degli schiavi, e nemmeno surrogare la tradizione del possesso. La decisione era inevitabile; e doveva come tale respingere senza alcuna motivazione l' assurda pretesa di Lucio. La forma del rescritto è ben proporzionata alla inanità della domanda: frustra et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intellegis.

L'avverbio frustra è adoperato di solito nelle decisioni di grande evidenza, quasi a biasimo di domande assurde.

Restiamo dunque paghi della soluzione più semplice raggiunta così nell' esame del celebre rescritto; e diciamo che nella sua redazione originaria esso negava qualsiasi efficacia alla tradizione dei titoli d' acquisto degli schiavi; e che soltanto Giustiniano, sopprimendovi i due elementi verbali che contenevano il diniego, seppe ridurlo in senso perfettamente contrario. E così l' atto di tradizione dei titoli di proprietà fu reso efficace, per sè, ad effettuare la donazione; e precisamente idoneo ad effettuare il passaggio al donatario del possesso e della proprietà della cosa contemplata nell' istrumento.

§ 6. — La traditio cartae nel libro di diritto siro-romano.

La dimostrazione che precede ed il risultato raggiunto hanno un' autorevole conferma dal libro di diritto siro-ro-

mano, il quale nella sua redazione più antica a noi giunta, nel ms. londinese, e quindi nel ms. vaticano R. III, non conosce il trasferimento della proprietà e del possesso mediante la tradizione dei documenti di acquisto, nè tampoco per consegna dell' instrumentum novum ; ma invece in ordine alla donazione applica, come vedremo più oltre, la prescrizione di Antonino Pio riconfermata e svolta da Costantino ; esige cioè per la validità della donazione tra estranei la tradizione del possesso, mentre riconosce quella di genitori a figli compiuta con la sola confezione del documento senza tradizione della cosa : L. 24 cf. P. 8, R. III, 24 (1).

La costituzione 1 de donat. di Severo e Caracalla penetra invece nel testo arabo § 9 in cui per la perfezione della donazione ad estranei, al posto della νομή, si esige la consegna del documento al donatario (2).

Ma più esplicitamente poi in ordine alla donazione con riserva di usufrutto il L. 69 segue il principio della c. 28 Cod. 8, 53 degli Impp. Onorio e Teodosio del 417.

Invece nel testo Arabo 112, la validità della donazione è subordinata, di nuovo, alla condizione della consegna del documento : und er ihm die Urkunde übergibt, so ist es sein Eigenthum *cet.* Sostanzialmente concorda la redazione armena 111.

Tutto questo risponde con precisione a quel che noi conosciamo delle vicende e variazioni subìte da quel libro cotanto insigne, che compilato avanti Giustiniano, anzi sulla fine dell' epoca classica, fu poi sottoposto in tempi varii a notevoli trasformazioni ; ampliato con aggiunte che in parte derivano dalla compilazione di Giustiniano (3).

---

(1) S'intende che il Bruns [Syr. röm. Rechtsbuch, p. 198 ad § 24] potè solo per effetto di autosugestione introdurre nella illustrazione del § 24 anche la traditio cartae; e quindi scrivere : « Die Uebergabe ist zwar nicht ausdrüklich genannt, liegt aber von selbst in den Worten » wenn er seinem Sohne screibt, aber die νομή nicht übergibt (!). Così anche Brunner, o. c. p. 62 n. 1.

(2) E ciò apparve al Bruns p. 197 n. 5 « unverständig »; cf. p. 234 al § 69.

(3) Che elementi giustinianei siano penetrati pure nella redazione contenuta nel ms. Londinese è sospettato dal Mitteis, Archiv f. Pap. Forsch. vol. III p. 79 n. 1 ; Abh. der Königl. Preuss. Ak. der Wiss. 1905, c. IV p. 30 seg.

§ 7. — La c. 1 de donationibus e la teoria del possesso.

1. Il risultato più emergente di questo studio riflette una luce vivissima sulla teoria del possesso. La c. 1 de donat. attribuita agli Imperatori Severo e Caracalla assunse qui un significato più alto e costituì nell' antica dottrina la base più salda, se non unica, della traditio symbolica. Ma ora restituito il rescritto al suo tenore originario s' intende bene per qual ragione gli sforzi degli interpreti s' infransero sempre in sterili tentativi per spiegare quella decisione; chè tutti i mezzi escogitati erano fuori strada.

Infatti :

1. L' opinione che riferiva il rescritto ad un caso speciale di donazione di genitori a figli commetteva un anacronismo inescusabile, perchè si serviva di fonti più recenti, e quindi accostava il problema senza grande ponderazione.

2. Gli scrittori che supposero nel testo necessaria la solennità della mancipatio, formarono una redazione del rescritto del tutto nuova, e riuscirono a nulla.

3. L' opinione dominante fino al 1880, e che vive ancora di una fama decrepita, potè ottenere una concordanza artificiale con le altre testimonianze delle fonti classiche, mediante l'arbitrario presupposto della presenza degli schiavi all' atto della consegna dei documenti. Ma essa era la più lontana dal vero sia rispetto al diritto classico come riguardo al diritto giustinianeo. Ed invero per il diritto antico la presenza degli schiavi senza la mancipazione non avrebbe potuto effettuare il passaggio del dominio, che vi è presupposto; mentre per il nuovo diritto nemmeno la presenza di essi è richiesta (1).

4. L'altra interpretazione che operava con il constitutum possessorium può considerarsi come una sorella germana della precedente; gl' interpreti, in sostenza, invocavano anche qui quell' artifizietto comodo a cui solevano ricorrere in tutti i casi di grave disorientamento. Essa però non fu mai presa sul serio.

(1) Vedi il mio scritto : Traditio ficta.

5. Gli scrittori che videro nel rescritto l' applicazione di una norma singolare rispetto alla tradizione degli schiavi diedero parvenza di vero ad un fantasma; perchè di un diritto singolare, in ordine al trasferimento della proprietà dei servi, non vi è alcuna traccia, nemmeno nel diritto giustinianeo; e pertanto se questa dottrina ha potuto nel tempo a noi più vicino ottenere così largo seguito, ciò dimostra che dentro e attorno la nostra costituzione era buio pesto.

6. Quell' altra corrente che accettava la costituzione cosi come è scritta, ma negava il simbolo per trarne conseguenze maggiori, aveva commesso una vera eresia, perchè ardiva inquadrare la decisione improvvisata da Giustiniano nella dottrina classica del possesso, e vi fabbricava sopra, alacremente, una nuova teoria del « factum possessionis », che si indicava come l'esteriorità o visibilità del dominio; con la formulazione precisa che la relazione di possesso non riposa soltanto sull' elemento fisico e meccanico, ma essenzialmente su varie energie sociali ; economiche, etiche, giuridiche, e così via.

Vaneggiamenti cotesti di scrittori del secolo XIX°, che non ebbero pratica dei metodi di critica, e quindi dal garbuglio delle fonti composto da Giustiniano trassero fuori una teoria degenerata del possesso, con l'illusione di rappresentare vivamente il mondo reale, antico e moderno, ed insieme la dottrina dei classici giureconsulti; e Ihering credette con siffatti argomenti di avere ristabilita la vera dottrina rispetto all' elemento corporale del possesso, debellando il concetto della signoria di fatto del Savigny. E trovò largo seguito. Ma costruzioni e dottrine di tal fatta ricevono dal risultato raggiunto in questo scritto un fiero colpo ; poichè tutto lo sviluppo tracciato, se consente nel diritto giustinianeo l'amplificazione del contenuto del rescritto fuori della donatio, dimostra poi dissennato ogni riferimento al diritto classico (1).

(1) In questo giudizio pertanto io non mi riferisco a scrittori come il Kruckmann [Archiv f. civ. Praxis vol. 108 p. 179 seg] che trattano del possesso secondo il diritto Comune. Certo anche cotali studi mancano di un fonda-

7. L'opinione infine più vicina al vero era quella che riconosceva l'efficacia della tradizione simbolica nelle fonti di Giustiniano. Ed in verità la forma della costituzione, come fu tramandata da Giustiniano, non dà luogo a dubitare. I documenti di acquisto figurano come simbolo della cosa. La tradizione di essi rappresenta la tradizione della cosa stessa. Ecco la figura della traditio simbolica la quale, dunque era entrata nella legislazione di Giustiniano insieme a cento altre riforme, mediante le stesse operazioni meccaniche, ispirate tutte ad una stessa tendenza, per conseguire uno stesso scopo, vale a dire la semplificazione del diritto, sia pure col sacrificio di principii fondamentali.

La pratica medievale trovò quindi una base legislativa incontestabile per la dottrina della traditio symbolica, che trasmessa dal diritto Comune si trasfuse, sostanzialmente, nella maggior parte delle legislazioni moderne.

⁂

II. Or se la discendenza di quella figura di diritto non è limpidissima, ci deve essere consentito pure di discuterne il valore, serenamente, dal punto di vista scientifico e legislativo.

Ed è evidente che l'efficacia della tradizione dei titoli di acquisto per il trasferimento del possesso, e quindi della proprietà, rappresenta una deviazione essenziale nella struttura dell' istituto del possesso. E la cosa non cambia ove si respinga il simbolo, come fece Ihering, e si accetti la virtù dell' atto in sè; poichè ne resta violato sempre il concetto più elementare, che il possesso come la tradizione sono « res facti », che debbono perciò manifestarsi con atti reali, in presenza della cosa. La tradizione quindi presuppone, che colui che la compie dimetta la cosa realmente; e di riscon-

---

mento sicuro; perchè per intendere la formazione della dottrina negli scrittori di diritto comune deve essere un presupposto essenziale e la conoscenza del diritto esposto dai giureconsulti e le nuove direttive del diritto giustinianeo. Le due correnti invero sono spesso tro loro in vivo contrasto nelle dottrine degli interpreti; ed hanno perciò esercitato la loro influenza sulle legislazioni moderne.

tro, che l'acquirente si trovi in grado di averla da quel momento a propria disposizione, mediata o immediata, escludendo qualsiasi altro. Che tale effetto non si ottenga con la semplice consegna dei documenti, è una constatazione ovvia; poichè allora la tradizione si riduce ad un atto fittizio, riconosciuto efficace a quel fine per norma di legge; la quale in seguito allo adempimento di certi atti o formalità, considera effettuato il passaggio ad un terzo del potere giuridico ed insieme del potere di fatto sulla cosa. Giustiniano suggerì la frase giusta per tutte coteste figure di tradizione, che possono dirsi « iure intellegi fieri ». Ma la frase contiene in sè stessa tutta la riprovazione:

« Per la contraddizion che nol consente ».

E di conseguenza io sono ben lontano dal considerare il valore della norma contenuta nella c. 1 de donat. come un grande progresso nella teoria del possesso, secondo la esaltava Ihering. Progresso non c' è dove un istituto giuridico perde il contatto con la realtà della vita, e quindi il pieno adempimento della sua funzione economica. Il possesso è materia di fatto, e non deve smarrire questo suo carattere essenziale. La sua importanza nel diritto si connette sempre alla realtà, sia che si guardi alla difesa sia che se ne considerino gli effetti di diritto civile. Dire che a favore di Tizio si è verificata una condizione soltanto formale, per cui il diritto lo riconosce come possessore, è cosa irreale; e la irrealtà può divenire un' ironia atroce nel caso che un terzo si sia stabilito sul fondo o nella casa o tenga presso di sè l'oggetto mobile, pronto a respingere con la forza qualsiasi pretesa o ingerenza del possessore simbolico rispetto alla cosa.

Si sa che un istituto giuridico può bene espandersi e modificarsi, ma esso deve pur sempre conservare illesa quella struttura fondamentale, da cui traggono alimento tutte le funzioni che esso è chiamato a compiere. Or la tradizione simbolica annienta tutto questo; ed è quindi la cosa più assurda del mondo.

Ihering peraltro fornì ai suoi avversarii la prova più formidabile dell' errore commesso nel giovarsi di quella costitu-

zione per la sua nuova dottrina del « factum possessionis ». Egli infatti fu indotto a dichiarare, che la presenza per l'acquisto del possesso delle cose non è più essenziale che quella delle parti nella stipulazione. Il confronto è penoso. Si stenta a capire come mai si sia potuto formare nella mente di un grande scrittore. Come mai può congiungersi il possesso con la stipulazione? Che cosa può esservi di comune tra il costituirsi di un vincolo giuridico mediante elementi verbali, con un fatto che è il più frequente ed il più comune della vita? Che cosa può esservi di comune tra una quistione di forma, che è materia eminentemente legislativa, ed un fenomeno naturale nel godimento e nello scambio dei beni, quale è il possesso; fenomeno che il legislatore può fino a certo punto riconoscere o non riconoscere, ma che non può creare nè mutare. Accostamenti di cose tanto eterogenee potevano esser fatti da Giustiniano, che non si arresta nemmeno di fronte agli ardimenti più dissennati.

Ed appunto in materia di possesso Giustiniano ebbe ardimenti temerarii, nuovi di conio; per effetto dei quali l'istituto subì una trasfigurazione vertiginosa, assumendo una figura ambigua, storta, farraginosa, che non sopporta nessun confronto con l'istituto elaborato dai classici. Le innovazioni di Giustiniano confluiscono in questa materia da ogni parte, tutte indirizzate a snaturare la essenza del rapporto del possesso. Giustiniano ammise pure la successione a titolo universale del possesso, un assurdo colossale che sta bene a paro con la tradizione simbolica, perchè nell' uno e nell' altro caso si conferiva al possesso trattamento eguale ad un diritto.

Nell' uno e nell' altro caso il passaggio avviene « iure », e quindi senza la realizzazione degli elementi di fatto da parte dell' acquirente. E soltanto in forza di queste deformazioni gravissime il possesso potè acquistare, più che la semplice parvenza, la natura di un diritto; e per ciò stesso la giovane teoria del possesso, divulgata con fede viva, potè dichiarare il possesso più che una relazione di fatto dell' uomo sulle cose un rapporto che poggia su elementi etici economici e giuridici.

III. Il risultato di questo studio ha dunque un valore che non si esaurisce nella contemplazione estetica delle decisioni antiche e dell' armonia dell' opera dei classici giureconsulti; ma che si fa viva sopratutto nel campo della storia e della scienza legislativa. Ed infatti la riconquista di un lembo di patrimonio classico perduto o disperso o falsificato, contribuisce, più d' ogni altra cosa, a liberare lo spirito e la dottrina da tormenti e da errori secolari, e a dar nutrimento vitale al diritto moderno ed alla scienza legislativa.

***

Il testo di Giustiniano messo in piena luce ci si è rivelato latore di una riforma fondamentale, in forza di cui la tradizione dei titoli di proprietà acquistò efficacia per il trasferimento del possesso e della proprietà delle cose medesime. La riforma ne è parsa inconsiderata e torbida, come quella che sradica il possesso dalla realtà della vita ed offende in modo implacabile l'istituto nella sua struttura e nelle sue funzioni. Così la luce della storia, qui come sempre, si diffonde in mille modi sopra i problemi più varii, sopra gli elementi più reconditi, su tutte le conseguenze dommatiche, e disperde formule e dottrine che avevano assunto un tono trionfante nel campo della teoria del possesso.

Parte II.

La forma delle donazioni a personae exceptae.

§ 8. — Importanza del problema in rapporto alla c. 1 Cod. de donationibus.

Il problema della forma delle donazioni tra congiunti è in rapporto più stretto che a prima giunta non appaia con quello suscitato dalla c. 1 Cod. de don., avvegnachè ove un dubbio possa ancora restare sulle condizioni richieste per la validità delle donazioni tra congiunti, esso, necessariamente, si riflette sul nostro rescritto, che riguarda una donazione. Poteva questa se fatta da genitori a figli compiersi « nuda voluntate »? ed in particolare il dominio su res mancipi poteva trasferirsi in Roma, nel periodo dei grandi giureconsulti, sia pure in via di eccezione, senza una forma solenne? Ecco problemi che si affacciano di nuovo e domandano una soluzione, onde porre al sicuro da ogni sospetto quella restituzione del testo proposta nei paragrafi che precedono.

Noi sappiamo che effettivamente il Savigny ed il Baron, a risolvere le difficoltà suscitate dalla costituzione del Codice, invocarono quel tal favore concesso da Antonino Pio alle donazioni di genitori a figli; e la dimostrazione ampia del Baron, per porre in evidenza il rapporto tra il privilegio di Pio e la decisione degli Impp. Severo e Caracalla, non fu mai contrastata, perlomeno in maniera da potersi dire smaltita e decisa la quistione, come forse alcuno si persuase (1).

---

(1) Goldschmidt, Besitzrecht cit. p. 68, respinse la spiegazione del Baron con un argomento malfermo; egli oppose che il privilegio di A. Pio riguardava la perfezione delle donazioni, non già i presupposti per il trasferimento del dominio. L'appunto è evidentemente superficiale, dacchè la perfezione della donazione di cose presuppone, perlomeno, tutti i requisiti per il passaggio del dominio.

E per altro il riferimento di quegli insigni scrittori non era fantastico ; chè aveva anzi un fondamento, nell' apparenza ben saldo, in testi latini che vanno dal II al IV secolo, da Pio a Costantino, intimamente collegati l' uno all' altro, in catena. Infatti Costantino nella c. 4 Th. VIII, 12 legifera che le donazioni di genitori a figli debbono valere senza alcuna solennità e nemmeno tradizione delle cose ; e richiama appunto per ciò una costituzione di A. Pio, alla quale egli intende uniformarsi ; Diocleziano in V. F. 314 fa menzione di un privilegio valevole per le donazioni di genitori a figli costituito da A. Pio ; Paolo S. V, 1, 11, assimila la donazione tra congiunti al fedecommesso, che pertanto hanno efficacia « nuda voluntate ». Come si vede non si tratta di un problema triviale. Ma per noi, oggi, non è difficile sciogliere il nodo, per quanto intricato, mercè un esame critico dei testi e sopratutto poi con il sussidio delle numerose testimonianze che offrono i V. F. in questa materia, per cui è possibile determinare con precisione la norma di favore di Antonino Pio ; o per lo meno conoscere come essa fu applicata nel diritto precostantiniano.

Siffatta indagine ci serve nel presente lavoro a vari i fini, e dobbiamo seguirla con una certa ampiezza, per il motivo imperioso che questo punto di diritto, come ho detto, è tuttora oscuro e pieno d'incertezze (1).

§ 9. — Il rescritto di A. Pio in favore delle donazioni di genitori a figli.

Bisogna prender le mosse dal testo dei V. F. 314, citato pure dal Savigny, dove un rescritto di Diocleziano del 294 si riporta alla statuizione di Pio.

V. F. 314. Divi Diocletianus et Constantius Aurelio Apollonidae.

In filium a patre donationum conscriptis instrumentis cum in vacuam inductum possessionem horum lectio mani-

(1) Savigny, System IV, 196 seg.; Zeitschrift f. g. R W. IV p. 26; Bruns, Syrisch-röm. Rechtsbuch p. 198; Girard, Manuel p. 608 n. 6; Mitteis, Privatrecht 1 p. 135 n. 12; Ascoli, Donazioni p. 318 seg.

festat. Ceterum *sine* (1) dubia facti quaestione divus Titus Antoninus parens noster nec necessarias angustias, ratione eius consortii quod nascendi tempore liberis et parentibus datur, cogitans, non admitti scrupulosam inquisitionem statuit; nec idcirco patris indignatione posse donationem iustam umquam rescindi summa cum ratione placuit.

Proposita V id. Nov. Melantia Caess. couss.

Il testo non è immune da vizii, e precisamente nel punto dove è riferita la disposizione di Antonino, che perciò fu variamente intesa. Ma a me pare che il senso non può esser dubbio. L'Imperatore statuiva che nelle donazioni di genitori a figli non si dovesse procedere a indagini sottili per dubbii di fatto, e che quindi, come spiegava la interpretatio Visigota : « *traditionem inter parentes et filios non requiri* ».

L'opinione dominante è per lo meno tranquilla in questa interpretazione. E di certo Antonino non aveva dispensato cotali donazioni dalla forma solenne di trasferimento delle res mancipi. E peraltro non avrebbe potuto far ciò, in un rescritto in cui doveva applicare il diritto vigente (2).

La quistione di fatto, di cui è menzione nel testo, non poteva riferirsi che alla traditio, che è precisamente « res facti ». La motivazione che vi è annessa : « ratione eius consortii quod nascendi tempore liberis et parentibus datur », è perfettamente misurata quando si riferisca all' esecuzione materiale della donazione, non già alle forme solenni imposte dal diritto. Il fatto della tradizione invece, osserva l'Imperatore, nella comunanza della vita dei membri della famiglia si può difficilmente constatare, porterebbe ad inquisizioni sottili ed intricate. E questa interpretazione del favore inaugurato da Antonino risulta sperimentata, in forza del libro di diritto siro-romano, il quale nel manoscritto più antico, il londinese, applica appunto la statuizione medesima dicendosi ivi :

L. 24.... Si vero filio suo filiaeve suae scripserit δωρεὰν et

(1) Huschke ad h. § p. 806 n. 12; p. 807 n. 1, corregge : *de* dubia, che dà certamente un senso più congruo.

(2) E sui rescritti di A. Pio in generale, vedi Appleton, Nouv. Rev. hist. vol. 34 (1910) p. 771; vol. I (1911) p. 613.

νομὴν non tradiderit filio suo, quando cum eo sint, rata est : extraneo vero (si scripserit), inrita est (1). E quindi anche questo testo conferma che nelle donazioni fatte dai genitori ai figli emancipati non si esige la tradizione del possesso : quando cum eo sint; frase la quale corrisponde in modo mirabile alla motivazione del rescritto di Pio sopra riferito; e più intimamente vi corrisponde poi secondo la traduzione di Sachau-Bruns che dice : solange sie bei ihm sind (2).

Ma d'altra parte è vero che la giurisprudenza fece una applicazione più larga del favore di Antonino. Due passi di Paolo che per fortuna sopravvivono nei V. F. riferiscono il privilegio a tutte le personae exceptae, senz' altra condizione.

V. F. 310. Paulus libro XXIII ad edictum de brevibus.

Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione vel promissione, quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat neque in factum « si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum »; idque et divus Pius rescripsit. La stessa norma si ricava da un altro testo, in via indiretta bensì, ma se si vuole con maggiore evidenza; perchè dove c' è un contrapposto qualsiasi il pensiero si manifesta più nitido.

V. F. 311. Item. Sed in persona non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit donationem. In rebus mobilibus etiamsi traditae sint, exigitur, ut et interdicto utrubi superior sit is cui donata est, sive mancipi mancipata sit sive nec mancipi tradita (3).

Paolo enuncia espressamente che la norma singolare in ordine alla perfezione delle donazioni a personae exceptae si riporta ad Antonino Pio; e quindi non è dubbio che i giuristi ne fecero un' applicazione più generale. E ciò non è davvero straordinario.

---

(1) Così la versione del Ferrini « Fontes iuris romani anteiustiniani » p. 648.

(2) Bruns l. c. non comprese il valore di questa frase, che trova « auffallend », e giunge ad asserire che non ha rapporto con il rescritto di Pio; e certamente egli si precluse la via per una intelligenza piana della medesima, attribuendole come solo significato possibile : il rapporto di patrià potestà! Ma è cosa inaudita forse che il figlio emancipato continui a rimanere nella casa? Il rescritto potè appunto riferirsi ad un caso simile. Inaccettabile è la spiegazione del Brunner o. c. 62 n. 1.

(3) Cfr. V. F. 287, del resto assai lacunoso; Consult. VI, 6, 10.

E così ora sappiamo che la mancipatio era necessaria in tutti i casi di donazione di res mancipi, anche se fatta a personae exceptae; e perciò il favore di Antonino riguardava soltanto la traditio, non richiesta fra congiunti. Allora la differenza tra le donazioni comuni e quelle privilegiate, rispetto a cose mobili, consiste in ciò : che per la perfezione delle donazioni ad estranei si esige la mancipatio e la traditio, ed inoltre che il donatario possa vincere nell' Utrubi; ed invece la donazione tra parenti è perfetta con la sola mancipatio.

Questo punto è confermato da altri passi di Papiniano, di un valore singolare in questo caso, perchè dettati dal sommo consigliere degli Imperatori Severo e Caracalla, che sono pure i rescribenti nella costituzione che abbiamo esaminata.

V. F. 263. Item (Papin. L. XII. Resp.). Eam quae bona sua filiis per epistulam citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit neque per mancipationem praediorum dominium transtulit nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit.

V. F. 268 (1). Quaerebatur, an, cum Seius filiam suam emanciparit et apud acta professus sit ei se donare fundum nec instrumenta donationis fecerit, an videatur professione actorum perfecta esse donatio. Respondi, si neque mancipatio neque traditio secuta est, solis actis dominium non transisse.

Negli stessi termini decide l'Imperatore Alessandro.

V. F. 266. a *Gregorianus libro XIII titulo.* Imp. Alexander Flavio Menandro. Professio donationis apud acta facta, cum neque mancipationem neque traditionem subsecutam esse dicas, destinationem potius liberalitatis quam effectum rei actae continet. Eapropter quod non habuit filius tuus dominium, si quae adfirmas vera sunt, obligare pacto suo creditori non potuit, nec quod sine effectu gestum est vindicationem tui iuris impedit.

---

(1) L'iscrizione come avverte il Mom. è caduta, ma il testo è certamente di Papiniano.

Proposita III kal. Ian. Alexandro Aug. III et Dione II conss.

In tutti i responsi e rescritti riferiti si contemplano appunto donazioni di genitori a figli, e queste sono tutte dichiarate nulle perchè non fu compiuta la mancipatio e la traditione. Papiniano ed Alessandro Severo esigono l' una e l' altra, perchè gli oggetti donati non sono in concreto determinati; e quindi se consistevano, simultaneamente, in res mancipi e nec mancipi l' una e l' altra erano richieste. E ciò vale pure per il testo V. F. 268 di Papiniano, in cui, se l' obbietto della donazione è un fondo, non è poi determinato se fosse italico o tributario. L' osservazione è di I. Gotofredo, il quale con mirabile intuizione nello illustrare le leggi 4, 5, 7 Cod. Th. VIII, 12, così scriveva:

Hinc adeo mancipatio et traditio iunguntur, non quasi in promiscuo haec fuerint aut concurrerent; verum alternate eo quippe pertinet id, ut intelligamus mancipationem ad alienationes fundorum italicorum et similium rerum mancipi pertinere, traditionem vero ad fundos stipendiarios et reliquas res nec mancipi (1).

E la distinzione lucidissima del Gotofredo è ora messa fuori dubbio dai V. F.; anzitutto da Papiniano nel § 263, e poi da una costituzione di Diocleziano dell' A. 293, che contempla le due ipotesi direttamente:

V. F. 293 Idem Aur. Luciano.

In donatione rei tributariae circa exceptam personam legis Cinciae nulla differentia est, cum et vacuae possessionis inductione celebrata in utriusque persona perficiatur et, si hanc secutam post huiusmodi placitum non constet, manifeste nec coepta videatur. Quapropter in his quidem, quae solo tributario consistunt, a maiore V et XX annis in vacuam inductus vos possessionem ostendi convenit. Rerum autem mobilium sive moventium, si excepti non fuistis, quae mancipi sunt usu capta vel mancipata, post vel antea maiore tempore a vobis anni possessa, avocari non possunt; nec mancipi vero traditione facta propter eiusdem interdicti

(1) In Th. vol. II°, p. 611.

potestatem similis possessionis probatio necessaria est. nam si exceptus fuisti privignus tum constitutus, sola traditio sufficit.

Come si vede rispetto alle donazioni di res mancipi, questo testo applica con precisione la stessa norma che si legge nei passi di Paolo più sopra riportati.

E pertanto se nella chiusa si dice che per la donazione in favore del privignus è sufficiente « sola traditio », questa si riferisce certamente a cose nec mancipi. Il periodo peraltro è legato intimamente al precedente, che riguarda pure le cose nec mancipi; ma nell' ultimo tratto si pone in particolare rilievo la singolarità della donazione in favore di un congiunto, in cui non è necessario che egli possa vincere nell' Utrubi, e quindi per la efficacia di essa non si attende un possesso ultrasemestrale (1).

Il testo di Diocleziano è, dunque, decisivo per la tesi qui sostenuta. E d' altra parte esso è così esplicito in ordine alla donazione di fondi tributarii, fatta e qualsiasi persona, estranea o congiunta, che ci autorizza a correggere la lezione di un altro rescritto dello stesso Imperatore che suona come appresso:

V. F. 316. Idem Aureliae Homonoeae. Si non est in vacuam possessionem ex causa donationis inductus is contra quem supplicas, nulla ratione tributarii praedii dominus constitutus [extra] vindicationem habere potest.

Il Mommsen avverte che la parola « extra » si deve completare in « extraneus », e servirebbe a porre in rilievo la differenza con le norme di diritto vigenti in ordine alla donazione a favore dell' exceptus. Or siccome noi sappiamo che la differenza non ha luogo per i fondi tributarii, la parola « extraneus » risulta superflua e molesta e quindi deve espellersi.

E la concordanza assoluta dei passi esaminati, tutti redatti nel secolo terzo, ci mette ora in grado di valutare pure un altro testo di Papiniano molto controverso:

V. F. 264, Item (Papin. L. XIII, Resp.) Matrem, quae sine

(1) Diversamente Mitteis, Privatrecht, v. I, p. 155 n. 12.

tutoris auctoritate filio donationis causa praesentes servos mancipio dedit, perfecisse donationem apparuit.

Il responso è veramente difficile; poichè se la mancipatio è, come sappiamo, necessaria in qualsiasi donazione di res mancipi, ove si ritenga nulla quella compiuta dalla madre sine tutoris auctoritate si dovrà per conseguenza dichiarare invalida pure la donazione. Così argomenta il Mitteis (1) con argomentazione evidentemente semplice quanto vigorosa; e perciò egli si decide poi per la efficacia concorrente della mancipatio o della traditio per le donazioni privilegiate.

Questa conchiusione però fa grande difficoltà; anzitutto perchè mette Papiniano in grave contraddizione con sè stesso. Papiniano, infatti, in un testo pure insospettabile, che già conosciamo, tratta lo stesso caso di donazione di madre a figli, e si esprime così : V. F. 263 : Eam quae bona sua filiis per epistulam citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit neque per mancipationem praediorum dominium transtulit..... nihil egisse placuit. La distinzione è qui precisa e determinata con rigore, e si rapporta a due categorie di cose corporali : « singulae res » e « praedia ». Le prime comprendono senza dubbio tutte le res nec mancipi, per cui si esige la traditio; il dominio invece dei fondi deve trasferirsi con la mancipatio. La donatrice è anche qui la madre. Ne segue, che se Papiniano nel suo responso separa con tanta determinatezza le condizioni necessarie per il trasferimento di res nec mancipi da quello per le res mancipi, non poteva mai, come crede il Mitteis, riconoscere efficacia pari alla traditio per qualsiasi donazione fatta da madre a figli. Al ragionamento, dunque, semplicissimo del Mitteis se ne deve sostituire un altro ancora più semplice e più fermo, del seguente tenore. Papiniano nei V. F. 264 ritiene perfetta la donazione di schiavi fatta dalla donna al figlio; ciò significa che egli ritenne valida la mancipatio compiuta senza l'autorità del tutore. La discussione pertanto deve portarsi su quest' altro punto : vedere come e perchè Papiniano potè stimare

(1) O. c. p. 155 n. 12.

superflua l'auctoritas tutoris in un negozio solenne fatto dalla donna. Ed è verisimile che i giuristi, avendo sotto gli occhi le statuizioni della lex Cincia, che si riferivano probabilmente pure alla forma delle donazioni, poterono, anche in via indiretta, trarre la conseguenza che per le donazioni a personae exceptae la donna non avesse bisogno della auctoritas tutoris (1).

Ciò potè essere ammesso per la considerazione intrinseca che avendo la legge data permissione alle donne di donare ai figli senza limiti, l'autorizzazione del tutore restava priva di qualsiasi contenuto. Questa interpretazione del responso di Papiniano è la più piana; ed è poi necessaria ove si tenga conto dell' euritmia dei principî fondamentali in ordine al trasferimento del dominio, che solo per tal modo può restare illesa; ma essa risparmia poi a Papiniano l'affronto d'una grave contraddizione.

§ 10. — La forma delle donazioni tra congiunti fino a Diocleziano.

E così tutte la testimonianze delle fonti classiche sono oramai concordanti nello stesso risultato, che è chiaro e congruo. Antonino Pio, mosso dalla sua grande clemenza, volle che le donazioni di genitori a figli fossero riguardate con favore, ma ciò solo rispetto alla esecuzione materiale, cioè in ordine alla tradizione. Paolo nei V. F. 310 dice appunto che di fronte alle persone excepte non osta la ex° legis Cinciae così concepità : « si non donationis causa mancipavi nel promisi me daturum ». La situazione è dunque chiarissima : la donazione si suppone celebrata in quanto alle solennità della forma ma non eseguita ; tuttavia essa è perseguibile in giudizio, perchè essendo considerata perfetta tra congiunti, la exceptio legis Cinciae non deve aver luogo.

---

(1) Questa interpretazione del responso di Papiniano dovette apparire come la più naturale ai primi interpreti dei V. F., e fu, come sembra, corrente in quel periodo ; vedi Schweppe, Röm. Rechtsgeschichte (1832) § 434, p. 758 n. 7.

Paolo soggiunge, che questo fu ordinato da A. Pio; e la notizia collima perfettamente con quel che ci vien riferito da Diocleziano, in V. F. 314, dove parimenti è la quistione di fatto, cioè l'elemento della tradizione, che secondo Pio non si deve indagare con scrupolosa inquisizione : *de* dubia facti quæstione divus Titus Antoninus..... non admitti scrupolosam inquisitionem statuit.

La forma solenne, necessaria per la costituzione del diritto o per il trasferimento della proprietà di res mancipi, resta ferma. E resta anche ferma la necessità della tradizione, quando la donazione ha per obbietto res nec mancipi o fondi provinciali; perchè allora la traditio è la condizione unica e necessaria per il trasferimento del dominio. Ciò è congruo. Perchè allora la tradizione non è soltanto un atto esecutivo del negozio di donazione, ma è pure costitutivo, ed include la manifestazione reale della volontà di donare. La formula dommatica che ne deriva, in ordine alle donazioni privilegiate, è pertanto semplice, e può concepirsi nei termini seguenti :

La donazione di cose corporali esige sempre che siano adempiute le condizioni fondamentali per effettuare il passaggio del dominio; esige quindi un atto esteriore idoneo a garentire la serietà e la precisa determinazione di donare e l'effetto della medesima. L'atto perciò deve essere solenne per le res mancipi, perchè senza di esso non è mai possibile nel diritto romano il trasferimento della proprietà per atti tra vivi; è semplicemente materiale per le res nec mancipi, perchè rispetto alle medesime la sola tradizione è sufficiente per il passaggio del dominio.

Il favore di Antonino Pio, dunque, per le donazioni tra congiunti era cosa di lieve momento; esso lasciava intatti i principî fondamentali, sia rispetto al trapasso del dominio da una persona ad altra, sia in ordine alla lex Cincia. E l'applicazione di quel privilegio non turbava così l'ordine costituito, e sopratutto non poteva generare difficoltà.

Fino a Diocleziano cotali norme furono osservate, in diritto, con perfetta coerenza. Ma Diocleziano fu l'ultimo Imperatore che seppe opporre una resistenza ad oltranza a

tutto quel movimento di usì e consuetudini giuridiche difformi dal diritto elaborato dai grandi giureconsulti, che si era fatalmente pronunziato nell' impero in seguito alla constitutio antonina.

In Diocleziano s' impersona ancora splendidamente e fortemente tutto il genio della latinità, ben inteso solo rispetto al diritto privato.

§ 11. — Le riforme di Costantino in materia di donazioni.

Con Costantino s'inizia la crisi. Nel diritto delle donazioni appunto si ha un indizio vivace della prevalenza nello impero di altri fattori e di altre tendenze che quelle del diritto latino. Costantino è un innovatore; ma le sue riforme parziali, limitate, sovrapposte agli antichi ordinamenti e quindi farraginose, non sono che l'indice di una situazione nuova, ispirate da una reale condizione di cose. La necessità della mancipatio, richiesta per qualsiasi trasferimento di proprietà di res mancipi, anche per donazioni tra congiunti, riusciva di grave intralcio all' esplicazione del diritto nel vasto impero; in cui, in buona parte, la vita del diritto si svolgeva mediante la scrittura, con garenzie quindi più efficaci rispetto alla forma, alla pubblicità, alla autenticità degli atti. Eppure tutti questi negozì erano nulli per il diritto imperiale. E la donazione di genitori a figli è d' importanza essenziale, dovunque; come è eterna la stessa vicenda delle umane genti. Perciò il numero dei rescritti che dichiarano la nullità di donazioni fatte tra persone della famiglia è veramente impressionante; dall' epoca dei Severi (1) a Diocleziano, sempre per difetto della forma romana, per l'inosservanza della mancipatio. Così nei Vat. F. : Papiniano 263, 268, 296; Severo e Caracalla 267; Alessandro Severo 266[a]; Probo 288; Diocleziano 285, 297; Collat. VI, 10; Costantino 287; e tutti i rescritti raccolti nel Codice di Giustiniano VIII, 53, contemplavano donazioni

(1) Ma anche nel tempo anteriore; v. un esempio in Plinio, Ep. X, 3.

nulle, perchè eseguite nelle forme più varie, estranee al diritto romano (1).

Questo stato di cose era intollerabile. E Costantino, animato da buone intenzioni, onde porre riparo a così grave disordine, imbastisce, probabilmente nel 316 (2), una legge molto interessante, ma prolissa e farraginosa, come di solito, della quale mi limito a trascrivere i brani più salienti dal testo Vaticano (3).

V. F. 249. Constantinus et Caess. Multas saepe natas ex donatione causas cognovimus, in quibus vel adumbrata pro expressis vel inchoata pro perfectis vel plurima pro omnibus controversiam faciant, cum agentium visa pro ingenio ac facultate dicendi aut perfecta deformarent aut inchoata perficerent. Inde ius anceps ac pro dicentium impulsu vacillanti sententia non parum decreta differebant, Maxime Karissime ac iucundissime nobis. Hinc enim nuper exceptis personis dicta lex est, in quibus summum ius et voluntas omni libera sollemnitate, modo perfecta ortos suos praesenti munere opulebant. Tempestiva dehinc communium donationum cura successit; absolutis enim illis, quae ideo prima sunt, quoniam sunt religione potiora, circumacto animo ad universum donationum genus conspeximus omnes earum

---

(1) Giustiniano poi le rese valide in massa, per via di soppressioni ed aggiunte le più varie. Vedi il mio scritto: Traditio ficta c. II in ZSS. vol. 33, p. 277.

(2) Sulla data della legge vi è grave incertezza, a motivo della lacuna che è nella sottoscrizione del ms. Vaticano. Mommsen [F. V. p. 79 n. 2, in Cod. Th. ad h. l.] la riposterebbe all' a. 323: e così Gotofredo e Mai. H. Peters [Zeitschrift SS. vol. 32 p. 202 n. 1] riprende ora in esame tutti gli argomenti pro e contro la data del 316, per la quale poi si decide, principalmente a motivo della c. 3 Cod. Th. 8, 12, che è al più tardi dell' a. 317, e si riferisce appunto alla confezione dei documenti, ordinata la prima volta dalla legge in esame, e che pertanto non può collocarsi in tempo posteriore. Questo risultato è certamente plausibile; ed ha valore assoluto ove si consideri l'ordine delle leggi nel C. Th. Ma perciòstesso è necessario supporre che Costantino, avanti l'anno 316, abbia già emanati provvedimenti per le donazioni a favore di personae exceptae, di cui fa menzione nell' esordio della legge del 316; e che la costituzione relativa, sostituita più tardi, nell' a. 319, da una nuova legge [c. 4 Th. 8, 12], sia restata fuori del Th.

(3) La parte essenziale della legge è riportata dal C. Th. VIII, 12, 1; in forma ancora più ridotta dal C. J. VIII, 53, 25.

species signis ac nominibus imprimendas, ut in hominum contractibus differentiam sui nuncupationum proprietate secernant.

. . . . . .

. . . . . .

Tabulae itaque, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso vel ab eo quem fors sumministraverit scientibus plurimis perscribantur eaeque, ut supra comprehensum est, rebus nominibus personisque distinctae sint; ac tum corporalis traditio (in quam saepe multi talia simulando inrepentis aut vi corpora capientes sollemne illud ius ac voluntarium inconcessa usurpatione praeripiunt) ea igitur ipsa rerum traditio praesentium, advocata vicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, conventu plurimorum celebretur. Non enim aliter vacua iure dantis res erit, quam ea vel eius voluntate, si est mobilis, tradatur, vel abscessu sui, si domus aut fundus aut quid eiusdem generis erit, sedem novo domino patefecerit. Quae omnia consignare actis iudicis praestat, ut res multorum mentibus oculis auribus testata nullum effugiat, cuius aut scientiam capiat aut dissimulationem tegat. . . . . .

Proposita III non. Febr. Romae Sabino et Rufino | conss. in foro divi Traiani.

Tra le prescrizioni di Costantino meritano particolare rilievo le seguenti : *a*) la prima relativa alla necessità della confezione di documenti scritti per tutte le donazioni (1) e con particolareggiate indicazioni; *b*) la insinuazione negli atti; *c*) ed infine l'obligo della corporalis traditio fatta innanzi a testimoni — advocata vicinitate — Quest' ultima condizione è particolarmente marcata, onde togliere ogni motivo d' incertezza e di frode, e quindi pretesti e motivi di litigi.

Del resto le prescrizioni della Cincia non furono toccate

(1) Brunner o. c. p. 128 non crede possibile che la scrittura sia stata imposta per tutte le donazioni, anche per quelle di valore minimo. Ma l'argomento in contrario che egli ricava dalla c. 29 Cod. VIII, 53 dell' a. 428 è senza valore, appunto perchè in questa legge tutto il brano : « *et si sine scripto... comprobetur* » è di Giustiniano; cfr. il mio scritto : Traditio ficta, Appendice II,

da Costantino, e perciò nella pratica sorse ben tosto il dubbio rispetto alle donazioni privilegiate. Dovevano queste continuare a godere di un trattamento speciale? Lo spirito della nuova legge non lo tollerava. E l'Imperatore nell' a. 319 è costretto ad emanare una nuova legge per dissipare ogni dubbio in ordine a questo punto di diritto.

La legge è del seguente tenore :

C. Th. VIII, 12, 4. Item A. ad Bassum P. U. Iuxta divi Pii, consultissimi principis, instituta valere donationes placet inter liberos et parentes, in quocunque solo et cuiuslibet rei liberalitas probabitur existisse, licet neque mancipatio dicatur, neque traditio subsecuta, sed nuda tantum voluntas claruerit, quae non dubium consilium teneat, nec incertum, sed iudicium animi tale proferat, ut nulla quaestio voluntatis possit irrepere; et, collata inter ceteras exceptas Cinciae legi personas, obtinere propriam firmitatem, sive mancipationis decursa fuerit solemnitas, vel certe res tradita doceatur. Quam legem ad lites volumus pertinere, quocunque tempore iussionis nostrae inveniuntur esse suspensae, et quae post futurae sunt, ne transacta negotia refricentur. Dat. Non. Oct. Constantino A. V. et Licino C. conss.

Con questa legge si inaugurava veramente una nuova èra. Per la prima volta essa rese possibile il trasferimento del dominio « nuda voluntate », e quindi efficace la donazione senza alcuna solennità o tradizione delle cose donate. Si trattava bensì di un ius singulare, e ristretto poi alle sole donazioni di genitori a figli, nell' ambito della famiglia; ma la deroga ai principi del diritto comune era gravissima. Quanto ai soggetti, per altro, Costantino riportava al suo limite iniziale quel favore costituito la prima volta da A. Pio per le donazioni di famiglia. Questo riscontro nei provvedimenti dei due imperatori è ovvio. Ed in forza di tale elemento comune il redattore della legge in esame potè scrivere : « iuxta divi Pii... instituta » riferendosi certamente a quel rescritto che noi conosciamo dai V. F. 314. Ma tra la statuizione di Pio e quella di Costantino vi era poi un abisso; perchè, come sappiamo, A. Pio, non portò alcuna deroga ai principii fondamentali circa il trasferimento del

dominio; mentre Costantino vi aprì d'un tratto una breccia, che ha storicamente un grande significato; rappresenta cioè la prima sconfitta del diritto latino in una materia d'importanza fondamentale, di fronte alle tendenze ed agli usi delle provincie orientali dell' impero.

Ma anche questa legge doveva far sorgere nuovi dubbi nella pratica, e fu sollevato il quesito : se per le donazioni che godono un trattamento di favore fosse pure prescritta la confezione di documenti. Il dubbio aveva ragion d' essere : perchè Costantino nella legge del 316, sopra riferita, aveva espressamente dichiarato che i nuovi provvedimenti riguardavano le donazioni comuni, dacchè per quelle privilegiate dovevano valere le norme di recente stabilite (1) : hinc enim nuper exceptis personis dicta lex est... e più oltre con le parole « absolutis enim illis », ribadiva il concetto che le donazioni tra congiunti restavano fuori dei nuovi ordinamenti. Ma d' altra parte nella legge stessa, immediatamente dopo, l'Imperatore dichiarava di voler regolare « universum donationum genus ». La contraddizione era palese. E pertanto una nuova legge si mostrò necessaria, emanata il 4 Maggio dell' a 333, con la quale s' ingiungeva l' obbligo della scrittura anche per le donazioni di genitori a figli; appunto perchè, come essa dice, le frodi e le simulazioni sono più facili tra le persone strette da più intima parentela.

La costituzione è del seguente tenore : C. Th. VIII, 12, 5 : Idem A. ad Severum comitem Hispaniarum. Data iam pridem lege statuimus, ut donationes interveniente actorum testificatione conficiantur. Quod vel maximas inter necessarias coniunctissimasque personas convenit custodiri, si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id, quod vere gestum est, aboleri. Cum igitur ne liberos quidem ac parentes lex nostra ab actorum confectione secernat, id, quod necessario super donationibus apud acta conficiendis iam pridem statuimus, universos teneat, salvo tamen iuris privilegio, quod liberis et parentis suffragatur, scilicet ne traditionis

(1) Cfr. per il rapporto fra le varie leggi la nota 2 a p. 458.

vel mancipationis solennitas sit necessaria. Dat. IV Non. Maii Constantinopoli, Dalmatio et Zenophilo Coss.

Nè il disordine poteva aver fine; perché la legislazione procedeva incerta ed inoltre con grande superficialità, senza portare alcun rimedio ai bisogni veri della pratica. Così Costanzo, nell' a. 355, ritorna a ribadire la necessità della mancipatio e della traditio per le donazioni comuni, e ad insistere sul diritto che era stato stabilito dal padre, e sulla differenza tra le donazioni di genitori a figli e tutte le altre.

C. Th. VIII, 12, 7. ad Orfitum P. U. Cum genitoris mei scitis evidenter expressum sit, nullam donationem inter extraneos firmam esse, si ei traditionis videatur deesse solennitas, et idem huius modi necessitatem liberis tantum ac parentibus relaxavit, in omnibus deinceps observari negotiis oportebit, ut donatio inter extraneos minus firma iudicetur, si iure mancipatio et traditio non fuerit impleta. Dat. VIII. kal. Maii Orbetione et Lolliano Coss.

Il moltiplicarsi delle disposizioni su di un punto di diritto ben chiaro, offre così un saggio veramente insigne delle condizioni misere in cui versa in questo periodo l'organo legislativo. Si osservano gravi inconvenienti e disagi, si emanano provvedimenti ripetuti; ma le cose restano sempre allo stesso punto. Nulla si osa disfare, perchè non si è in grado di rifare.

§ 12. La riforma di Costantino inserita in un testo delle Sententiae di Paolo.

Il diritto nuovo inaugurato da Costantino, a vantaggio delle donazioni di genitori a figli, è riprodotto nella redazione visigota delle Sentenze di Paolo :

IV, 1, 11. Filio quibuscumque verbis a patre fideicommissum relictum iure debetur : sufficit enim inter coniunctas personas quibuscumque verbis [*ut in donatione*] voluntas expressa.

Ma Paolo non poteva scrivere che la donazione tra congiunti, e più particolarmente da genitori a figli, può effettuarsi con la volontà comunque espressa e senza altro

requisito; perchè una tale asserzione è contraddetta senza ambage dai testi Vaticani 310, 311, in cui egli, trattando appunto ex professo della forma delle donazioni in exceptis personis, dice che è necessaria la solennità dell' atto. Ed inoltre, poi, la parificazione della donatio al fideicommissum è nuova di conio; e tale la rivela immediatamente un rescritto degli impp. Carino e Numeriano dell' a. 284, in cui si suppone una donazione nulla, certamente per difetto di forma, e si soggiunge che se la testatrice l' ha confermata nel testamento, vale come fedecommesso.

C. 5 Cod. VIII, 53 : Impp. [Carus] Carinus et Num. A A A. Falconillae. Si donatio per epistulam facta non [*paret*,] verba tamen testamenti, quibus liberalitas [*testatricis*] confirmata est, fideicommissum continere non ambigitur.

Fra l'una cosa e l'altra non è possibile quindi assimilazione; chè la donazione del diritto classico si differenzia essenzialmente dal fedecommesso, per tutti i riguardi.

E peraltro è da aggiungere che il rescritto subì gravi modificazioni da parte di Giustiniano, che doveva smorzare o velare il contrasto tra i due istituti, che era patente nella decisione imperiale (1). Ma anche considerato nella redazione nuova, come si legge nel Codice, esso non permette un qualsiasi confronto o avvicinamento del negozio della donazione al fedecommesso; dacchè se l'una appare invalida per vizio di forma (2) o per altro motivo, qualunque esso sia, il fedecommesso confermativo ordinato nel testamento le conferisce piena efficacia.

E per ciò è dimostrata l'origine dell' inciso « ut in donatione » (3), nel testo di Paolo, aggiunto certamente dai compilatori Visigoti; i quali si studiarono d'introdurre regolarmente negli estratti dell' opera del giureconsulto le riforme che provenivano dalle nuove leggi.

---

(1) Cfr. la mia « Traditio ficta » ZSS. vol. 33 p. 288.

(2) Sulla donatio per epistulam cfr. V. F. 282, D. 41, 2, 48; V. F. 263; D. 39, 5, 35 pr. D. 6, 1, 77.

(3) Qui non interessa esaminare con maggiore larghezza il testo visigoto, ma è probabile che la interpolazione sia più estesa, e comprenda tutto il periodo : sufficit enim... expressa.

L'inciso corrisponde perfettamente al nuovo diritto stabilito da Costantino, per le donazioni di genitori a figli nella c. 4 Th. 8, 12; le quali effettivamente furono parificate ai fedecommessi; infatti, nell' uno e nell' altro caso la elargizione si effettua « nuda voluntate »; cioè con la sola volontà, comunque espressa.

⁂

Ed ora possiamo ritornare al punto di partenza, e dire, con la maggiore sicurezza, che il tentativo del Baron, di risolvere l'enimma della c. 1 de donationibus mediante il favore accordato da A. Pio alle donazioni di genitori a figli, era destituito di qualsiasi fondamento. In realtà egli si era ingannato, come il Savigny; perchè l' uno e l' altro, onde conseguire una più profonda intelligenza del rescritto dell' epoca papinianea, s' erano affidati alle fonti più tarde, trascurando del tutto le testimonianze contemporanee che si rinvengono in gran copia nei V. F. E per gli stessi motivi e con lo stesso erroneo procedimento poterono essi attribuire pure al rescritto di A. Pio significato e contenuto completamente arbitrarii. Per scrittori così insigni, io direi, la colpa non è lieve (1).

Conclusione.

Il risultato più saliente dell' esame compiuto in questa seconda parte si concentra nell' affermazione : che il diritto classico in nessun caso ammise il passaggio della proprietà di res mancipi senza un atto solenne. Tale principio fu osservato senza eccezioni fino a Diocleziano. Vi derogò Costantino, per la prima volta, per le donazioni di genitori a figli. E questa disposizione particolarissima fu poi resa

(1) Non è lieve, perchè essi ripetevano in definitivo gli errori degli interpreti antichi, che non ebbero il sussidio dei V. F.; infatti Brummerus, ad legem Cinciam c. XV, Heinecius, Antiq. rom. II, VII, § 14 avevano dato la stessa interpretazione al rescritto di Pio; mentre J. Gotofredo, in Th. II p. 613, osservò bene che il clemente imperatore aveva soltanto rimessa la necessità della traditio; egli però attribuì alla Cincia l'abolizione della mancipatio per le donazioni tra congiunti.

generale da Giustiniano ed applicata a tutte le donazioni, entro certi limiti. Nel diritto giustinianeo, infatti, le donazioni non superiori a 300 solidi (1) furono dichiarate perfette col solo consenso; ed il limite fu ben tosto elevato a 500 solidi (2). Per le altre, superiori a cotesta misura, si richiede la confezione d' istrumenti e l'insinuazione negli atti. Così fu tolta quella grande confusione apportata da Costantino nel diritto delle donazioni, per l' intreccio di prescrizioni vecchie e nuove per la validà di esse. Le vecchie norme ora scompaiono. Ma di più ; la necessità della tradizione, per la perfezione della donatio, ed insieme per il passaggio della proprietà, è effettivamente abolita. Perchè è vero che la tradizione è ancora, di regola, necessaria per l'acquisto della proprietà ; ma essa può, da questo momento in poi, effettuarsi o con la riserva dello usufrutto (3), o con la tradizione dei titoli di proprietà, ed infine in virtù di qualsiasi dichiarazione contenuta nell' istrumento, che dimostri la volontà delle parti di trasferire il possesso e la proprietà delle cose donate, immediatamente (4). Ed inoltre, in favore delle Chiese e delle pie Opere fu costituito un privilegio, in forza del quale la proprietà passa ipso iure, per il semplice atto di donazione (5). Ed altre donazioni furono pure dichiarate privilegiate, esenti cioè dalle prescrizioni non gravi vigenti per quelle comuni (6). Si può dunque affermare che nel diritto di Giustiniano, il nuovo regolamento delle donazioni delineato da Costantino riportò un esuberante trionfo, con la tendenza decisa verso quel tipo particolare di donazione scevra di qualsiasi forma, efficace cioè in virtù della sola dichiarazione, anche rispetto al passaggio del dominio. Nè ciò può sorprendere. Chè è cosa ben naturale anzi, ove si consideri la grande efficienza di due forze

(1) C. 34 pr. de don. a. 529; c. 35 § 3ª eod. a. 530.

(2) C. 36 in fine eod. a. 531.

(3) C. 28 Cod. eod.; c. 35 § 5 eod. a. 530.

(4) Nov. 162

(5) C. 19 Cod. 1, 2 a. 528; c. 34 § 1 Cod. de donat. a. 529; c. 23 pr. Cod. 1, 2 a. 530.

(6) C. 34 Cod. de donat. a. 529; un elenco è fatto già da Isidoro in B. 47, 1, 66.

che cospiravano su di uno stesso punto, ad agevolare in ogni maniera gli atti di liberalità; ove si consideri cioè: da una parte l' importanza che negli ultimi secoli aveva assunto la scrittura e la insinuazione agli atti, secondo le consuetudini greco-bizantine, che sopravvissero vigorose alla invasione del diritto romano nelle provincie, ed avevano già, effettivamente, travolte tutte le forme e le solennità proprie del diritto quiritario; e d' altra parte le idealità e le tendenze filantropiche della nuova legislazione, ispirita profondamente ai principii ed agli inseguamenti cristiani, per cui tutte le barriere poste dal diritto antico alle donazioni dovevano cadere, sia rispetto al rigore delle forme sia rispetto ai limiti intrinseci di esse. La liberalità ormai è un dovere cristiano; e la legislazione l' agevola e l' incoraggia, con tutti i mezzi (1).

---

(1) Cfr. Ihering, Zweck im Rechte I, p. 287; che appunto intorno all' influenza del cristianesimo sul diritto delle donazioni così conchiude: erst durch das Christenthum ist das Wohlthun und die Liebe wie durch die christliche Lehre im Leben so auch in der Gesetzgebung in ihr volles Recht eingesetzt worden. Ma è necessario invocare l'autorità di grandi scrittori per una cosa così semplice ed evidente? Io l' ho creduto necessario per schermire il mio studio sull' argomento dagli impronti giudizi. Non si disse pure che quella mia dimostrazione era priva di carattere scientifico? Ed io ho nulla da ribattere, perchè effettivamente la mia prima pubblicazione, apparsa nella Rivista di Scientia, non portava in calce alle pagine le citazioni dal Corpus iuris civilis (!). — V. ora un giudizio adeguato in Bonfante Ist. 5ª ed. p. 11, n. 1; il quale attenuò convenientemente la rigidezza della nota contenuta a p. 4 della ediz. precedente. Il Bonfante soggiunge, ed anche ciò è vero, che « distinguere l'influenza cristiana da quella dell' ellenismo è impresa ardua, e la bilancia pesa il più delle volte a favore di quest' ultima ». Il che, certamente, non può significare che i due fattori siano esclusivi. Il B. lo rileva bene con la figura della bilancia. Ed io dico che i due fattori hanno molto spesso operato congiuntamente, come per es. nel diritto delle donazioni, esaminato nel testo. Strumenti di precisione non abbiamo, peraltro, per misurare la efficienza delle varie forze operanti nella vita e nel campo delle scienze morali. Il problema e le difficoltà sono quindi dapertutto eguali. Ma ove si consideri la natura del diritto, di questo fattore così essenziale nella vita degli uomini, che è esposto perciò a tutte le influenze del passato e del presente, che s' innesta profondamente nella vita sociale e si confonde con tutti gli altri fattori che agiscono in un momento storico; ove si consideri, dico, che questa forza vive la stessa vita degli uomini, giorno per giorno, si deve necessariamente riconoscere che le norme più varie, trasmigranti dalle genti più lontane nel tempo e nello spazio, debbono pure propagare le loro

radici nel tempo cui appartengono, trasfondersi nel sentimento degli uomini, e raccogliere ed insieme riflettere tutte le vibrazioni della vita sociale del tempo. La trasmissione meccanica di norme giuridiche è inconcepibile. Se ciò avviene, per l'arbitrio del legislatore, ove restino isolate dalla vita sociale, come galvanizzate, s' inaridiscono ben tosto. E pertanto molte norme del diritto ellenico si propagarono nell' Impero e riprendono nuovo vigore nella compilazione di Giustiniano, anche perchè rispondevano pienamente alle idealità ed alle aspirazioni della vita cristiana. Le motivazioni aggiunte da Giustiniano a quelle norme rivelano il nuovo spirito da cui sono compenetrate; così l'azione per la dote al padre, la tutela muliebre, la facoltà di adottare concessa alla donna, la validità di legati alla vedova debbono portare *solacium tristitiae*, un conforto al dolore; la protezione dei deboli, limiti della lotta d'interesse nel commercio s' ispirano al *verus cultus* dei cristiani, che è quello : adiuvare pauperes et in necessitate positos. Altri esempi non occorrono. Mai quei motivi, noi lo sappiano bene, sono parti integranti delle norme giuridiche, le determinano, le coloriscono e le indirizzano : essi hanno dunque valore e peso; quantunque il loro peso non possa con maggiore precisione valutarsi nella bilancia.

E dico, dunque, che solo nella visione del poeta :

Es pflanzen sich ererbte Formeln
Wie eine ew' ge Krankheit fort.

S. Riccobono,
Prof. nella R. Università di Palermo.

L'organisation juridique des premières communautés chrétiennes

Les quelques documents que nous pouvons avoir sur la situation juridique des premières communautés chrétiennes à Rome nous révèlent une contradiction manifeste qui a frappé tous les savants, historiens, archéologues et juristes qui eurent à se poser le problème. D'une part, nous savons que les chrétiens possédaient comme tels leurs cimetières et leurs lieux de réunions; et ils les possédaient non pas à titre individuel, en tant que copropriété indivise, mais corporativement, en tant que communauté; c'est ce qui ressort de sources indiscutables (1). Mais, d'autre part, leur religion était *religio illicita*, les communautés qu'ils constituaient étaient en tant que corps, comme *corpora*, puisque c'était le nom technique, doublement illicites; elles l'étaient en tant qu'associations non autorisées, et elles l'étaient surtout par leur but, qui était contraire aux lois, et puni des peines les plus sévères. Donc, comment expliquer cette contradiction, à peu près irréductible, d'une corporation illicite et interdite, qui posséderait légalement, régulièrement, juridiquement?

Ce sont les réponses que l'on a essayé de faire à ce problème à la fois historique et juridique que je voudrais essayer de résumer brièvement, afin de présenter, sous

(1) On trouvera les textes énumérés au cours de cette étude.

forme de conclusion, les quelques explications personnelles qui me paraissent les plus vraisemblables.

***

L'explication la plus ingénieuse que l'on a essayé de présenter et qui parut, tout d'abord, extrêmement séduisante et tout à fait vraisemblable, fut celle si admirablement développée par de Rossi dans le premier volume de sa *Roma Sotterranea* (1). Elle revient à dire que les premières communautés chrétiennes se seraient, ne disons pas dissimulées, mais tout au moins glissées, sous la forme des petits collèges funéraires, si répandus à Rome. Et quoi de plus naturel? Nous savons par des textes célèbres, et principalement par un passage de Marcien inséré au Digeste, que, malgré la prohibition générale des associations, on avait reconnu la légalité des *collegia tenuiorum* (2), et, depuis les admirables travaux de Mommsen sur l'inscription du collège de Lanuvium (3), tout le monde s'accorde à identifier ces collèges de petites gens avec les collèges funéraires. Ils avaient chacun leurs statuts particuliers, la *lex collegii*; ils avaient leur caisse commune, entretenue par de petites cotisations mensuelles; cette caisse servait aux frais de sépulture des membres du collège trop pauvres pour y participer eux-mêmes; elle permettait aussi quelques distributions de secours, et passait, pour le surplus, en repas de corporation offerts à certaines fêtes et anniversaires.

La seule prescription générale que nous trouvions formulée dans les lois, est la défense pour les membres du collège de se réunir plus d'une fois par mois pour l'apport de leurs cotisations. On voulait empêcher les conciliabules

(1) De Rossi, *La Roma sotterranea cristiana*, t. I, p. 101 et suiv.

(2) D. 1 pr. (47, 22) « *Mandatis principalibus præcipitur præsidibus provinciarum, ne patiantur esse collegia sodalitia, neve milites collegia in castris habeant. Sed permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre, dum tamen semel in mense coeant, ne sub prætextu hujusmodi illicitum collegium coeat* ».

(3) Mommsen, *De collegiis*, p. 87 suiv. et p. 98 suiv. Voir ce texte dans les *Textes choisis de droit romain* de P. F. Girard.

fréquents susceptibles de dégénérer en action tumultueuse et politique. Très vraisemblablement étaient exceptées de cette défense les réunions extraordinaires qui pouvaient avoir pour objet la célébration de la divinité sous le patronage de laquelle se trouvait la corporation, ou celle encore d'autres fêtes religieuses qui étaient l'occasion de réjouissances et de banquets (1). A cette première interdiction s'en joignait une autre plus générale; il était interdit à ces petites associations, sous prétexte d'assistance funéraire ou autre, de dégénérer en associations de caractère politique, s'occupant d'élections et susceptibles de fomenter des troubles locaux; ce que l'on désignait sous le règne de Trajan, et tout au moins dans les provinces grecques et orientales de l'Empire, sous le nom d'hétairies, *hetæriæ* (2).

Mais ces prohibitions à part, et tant que ces collèges s'en tenaient à leur but d'assistance, ils étaient pleinement libres. Et comme tels, ils formaient un *corpus* pouvant posséder à ce titre, comme *universitas juris*, et qui fut même admis comme tel à recevoir des legs (3). Il avait tous les avantages de ce que nous appelons la personnalité juridique.

Aussi, comme il était facile d'adapter toute cette organisation aux usages primitifs de la société chrétienne! Dès l'origine les chrétiens nous apparaissent constitués en communautés; dès qu'il se fonde une église chrétienne, c'est sous forme d'assemblée de frères, comme une petite fraternité, qu'elle s'organise. Ces communautés se réunissent pour prier,

---

(1) C'est tout au moins dans ce sens qu'il faut comprendre, en dépit de certaines controverses anciennes, la suite du texte de Marcien, qui, après avoir dit que ces *tenuiores* ne peuvent se réunir plus d'une fois par mois pour le paiement de leurs cotisations, ajoute qu'ils peuvent se rassembler encore sous prétexte de religion, pourvu que ce ne soit pas en violation du senatus-consulte sur les collèges illicites : « *Sed religionis causa coire non prohibentur, dum tamen per hoc non fiat contra senatus consultum, quo illicita collegia arcentur* » (D. 1 § 1 (47, 22). Waltzing, *Etude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains*, I, p. 152. Cf. Mommsen, *De collegiis*, pp. 87-88. Tout ceci confirmé par les statuts du collège funéraire de Lanuvium. Voir Liebenam, *Zur Geschichte und Organisation des römischen Vereinswesens*, p. 40.

2) Voir dans la correspondance de Pline et de Trajan, lettre de Trajan, *Ep.* 34, et Lettre de Pline, *Ep.* 96. Cf. Cohn, *Zum römischen Vereinsrecht*, p. 92.

(3) D. 20 (34, 5).

mais aussi pour célébrer en commun les agapes fraternelles qui constituent le rite principal de leur culte. Avant tout aussi elles durent pourvoir à la sépulture de leurs membres, car il était prescrit aux chrétiens d'éviter tout contact, même après la mort, avec les païens. De très bonne heure la coutume s'introduisit chez les chrétiens de se ménager des lieux de sépulture communs, où leurs corps reposeraient les uns près des autres, unis entre frères comme ils l'étaient de leur vivant, dans l'attente de la résurrection. Et pour subvenir aux frais de ces sépultures, également pour distribuer des secours aux membres nécessiteux de la communauté — et ils devaient être nombreux, les chrétiens au début ne se recrutant guère que dans le bas peuple et parmi les esclaves — il fallait avoir des ressources; chacun apportait donc sa contribution, contribution mensuelle, comme dans les *collegia tenuiorum*, c'est Tertullien qui nous le dit (1). On voit combien le rapprochement était facile; des groupements corporatifs de petites gens, des *tenues* par excellence, des contributions mensuelles, des repas en commun, et des funérailles à frais communs, c'est toute la description d'un de ces *collegia tenuiorum*, tels que nous les révèlent les inscriptions.

Comment les chrétiens n'auraient-ils pas profité de cet expédient que la loi leur offrait? (2). Mais, objecte-t-on, ces *collegia tenuiorum* n'étaient eux-mêmes autorisés qu'autant qu'ils ne dégénéraient pas en associations prohibées par la loi, et une association de gens eux-mêmes condamnés par la loi forme forcément une association prohibée (3). Cette logique paraît évidente; mais ce n'est encore que logique abstraite, et les faits, à commencer par les faits juridiques, sont presque toujours en contradiction avec la logique des principes. Toute l'histoire de la propriété ecclésiastique n'a été qu'une longue contradiction entre le droit légal et le droit

(1) Tertull., *Apolog.*, 39.

(2) Cf. dans ce sens le très bel et très savant article de Dom Leclercq, au mot *Catacombes*, dans le *Dictionnaire d'archéologie chrétienne et de liturgie* de Dom Cabrol, fascic. XX, col. 2420-2421.

(3) Neubecker, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit* (1 Teil), § 25, p. 80 suiv.

toléré, celui de la pratique. Pourquoi n'aurait-elle pas commencé par là?

Nous savons le respect profond que les Romains avaient pour les rites funéraires (1). Ils tuaient les corps et respectaient les tombeaux. Nous en avons maints exemples à propos des martyrs. Leurs amis viennent demander leurs corps et on les leur accorde, comme fit Pilate à Joseph d'Arimathie. On les ensevelit librement, les plus durs persécuteurs ne s'y opposent pas. Qu'y aurait-il donc de contradictoire à supposer que les chrétiens aient su garder à leurs communautés leur caractère d'assistance mutuelle, à ce qu'on leur eût permis de s'associer pour ensevelir leurs morts, alors même qu'on les condamnait individuellement? Ils auraient emprunté une forme de droit commun, licite par elle-même, pour mettre à couvert leurs propriétés et leurs tombeaux. Est-ce donc un spectacle sans précédent? Et à supposer qu'on ne lui trouve pas de précédent, serait-il donc sans imitation au cours de l'histoire? On peut dire que l'histoire de la propriété corporative n'est faite que de ces expédients, témoin l'histoire des *trusts* en Angleterre, et chez nous en France l'emprunt fait aux sociétés civiles ou commerciales pour rendre possibles, je ne dis pas licites, des formes de propriétés interdites. Toute l'histoire de la propriété tient dans le conflit entre la propriété légale et la propriété réelle, et ce conflit n'est pas près de cesser. Qu'y aurait-il d'étonnant à ce que l'histoire du droit romain au second et au troisième siècles nous en eût offert le spectacle, à propos précisément de ceux-là mêmes qui suscitent encore aujourd'hui et les mêmes problèmes et les mêmes expédients juridiques?

Sans doute cette thèse, si vraisemblable qu'elle fût, ne pouvait guère être prouvée directement. De Rossi lui-même la donne surtout comme une hypothèse, mais une hypothèse qui expliquerait bien des choses.

D'ailleurs, à ces vraisemblances, on peut ajouter certaines

---

(1) De Rossi, *loc. cit.*, p. 101 et surtout Kraus, *Roma sotterranea*, *Die römischen Katakomben*, p. 49 suiv. et dans sa *Real-Encyclopädie der christlichen Alterthümer*, au mot *Katakomben* (t. II), p. 104-105.

confirmations tirées des documents. La plus importante, la seule peut-être qui le soit réellement, nous vient de ce passage de l'*Apologétique* de Tertullien où celui-ci oppose les assemblées des chrétiens aux réunions païennes. Il nous parle de caisse commune et de cotisation mensuelle, pour opposer l'emploi charitable qu'en font les chrétiens à celui dont on pouvait avoir le spectacle dans les réunions de païens, où il ne s'agissait que de banquets et d'excès de tous genres : « *Etiam si quod arcæ genus est, non de honoraria* (variante *dehonoraria*) *summa, quasi redemptæ religionis congregatur ; modicam unusquisque stipem menstrua die, vel quum velit, et si modo velit, et si modo possit, apponit : nam nemo compellitur, sed sponte confert. Hæc quasi deposita pietatis sunt. Nam inde non epulis, nec potaculis, nec ingratis voratrinis dispensatur, sed egenis alendis humandisque, et pueris ac puellis re ac parentibus destitutis.....* » (1). On peut en tirer assurément une indication très forte. Il y est question de caisse commune, de cotisations fournies un jour de chaque mois, d'assistance funéraire et de secours charitables. C'est toute la description, a-t-on dit, d'un collège funéraire (2).

Et d'ailleurs l'on sait que l'empereur Septime Sévère avait étendu à toutes les provinces la reconnaissance légale des *collegia tenuiorum*, sans qu'il soit besoin d'autorisation préalable (3). Et Tertullien écrivait à peu près à cette époque.

---

(1) Tertull., *Apologeticus*, 39.

(2) Le rapprochement avait déjà été fait d'ailleurs par Le Nourry, dans sa *Dissertatio in... Tertulliani Apologeticum, duos ad Nationes libros et unum ad Scapulam*, cap. XV, artic. II.

(3) D. 1 pr. (47, 22) : « *Sed permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre, dum tamen semel in mense coeant, ne sub prætextu hujusmodi illicitum collegium coeat, quod non tantum in urbe, sed et in Italia et in provinciis locum habere divus quoque Severus rescripsit* ». Avant ce rescrit, le droit d'association n'était que très rarement concédé dans les provinces. On craignait de favoriser les complots et troubles locaux. Tout cela est rendu très manifeste par ce que nous savons de la politique rigoureuse de Trajan à cet égard. Pline, *Ep. 34*, *Ep. 96* et surtout *Ep. 93*. Il s'agissait d'une demande faite par la cité d'Amisus, qui était ville fédérée, civitas *libera et fœderata*, en vue de l'établissement d'une association de secours mutuel, rentrant parmi celles que les Grecs désignaient sous le nom d'ἔρανοι. Et Trajan répond qu'il ne peut pas s'y opposer, puisque cette cité jouit de ses propres lois: qu'il y a

Ailleurs, nous savons par lui qu'à la même époque, et au moins en Afrique, les chrétiens étaient propriétaires de leurs cimetières. Du moins c'est bien ce qui semble ressortir de l'allusion faite par Tertullien à une émeute qui avait été fomentée à Carthage contre les chrétiens, et pendant laquelle on voulut leur enlever leurs cimetières : « *Cum de areis sepulturarum nostrarum acclamarent : Areæ non sint!* » (1). Si donc dès l'époque de Tertullien on a la preuve de propriétés appartenant aux chrétiens pris en corps, on n'a plus à s'étonner de voir les différents édits, qui ont assuré la paix de l'Eglise, restituer aux chrétiens les propriétés qui leur avaient appartenu, et spécifier, comme le fit l'édit de Milan, qu'elles appartenaient à la communauté chrétienne en tant que corps, et non aux chrétiens pris individuellement (2). Assurément, ces différents textes ne nous disent pas à quel titre, et sous quelle forme, les chrétiens possédaient leurs cimetières et lieux de culte en tant que communautés. Mais ce qui est certain, c'est qu'ils font allusion à une propriété constituée à l'état de droit, et non à une simple tolérance. Et nous savons pour l'époque de Tertullien par quel procédé ingénieux les chrétiens avaient pu s'assurer une propriété corporative mise sous le couvert de la loi. Il est donc vraisemblable que le même expédient s'était perpétué jusqu'aux approches du IV^e^ siècle.

---

donc lieu de l'autoriser, surtout s'il s'agit d'association charitable, « *ad sustinendam tenuiorum inopiam* », et pourvu qu'on ne s'en serve pas pour fomenter des troubles « *non ad turbas et ad illicitos coetus* ». C'est donc bien une sorte de *collegium tenuiorum*. Et Trajan ne le permet que parce qu'il y est obligé par les privilèges de la cité d'Amisus. Pour toute autre ville il défend expressément de donner pareille autorisation : « *De ceteris civitatibus... res hujusmodi prohibenda est* ». Cf. Cohn, *loc. cit.*, p. 83, note 7.

(1) Tertull., *Ad Scapulam*, 3.

(2) Voir édit de Galère de 311 : « *Ut denuo sint Christiani et conventicula sua componant* » (Lactance, *De mortibus persecutorum*, 34). Edit de Maxime de 313 : « *Ut cuncta ad pristinum jus ac dominium Christianorum revocentur* » (Eusèbe, *Hist. eccles.* IX, 10). Edit de Milan de 313 : « *Quæ omnia corpori Christianorum protinus per intercessionem suam ac sine mora tradi oportebit. Et quoniam idem Christiani non [in] ea loca tantum ad quæ convenire consuerunt, sed alia etiam habuisse noscuntur ad jus corporis eorum id est ecclesiarum, non hominum singulorum, pertinentia, ea omnia..... Christianis id est corpori et conventiculis eorum reddi jubebis* » (Lactance, *De mort. persec.* 48).

Enfin il n'est pas jusqu'aux inscriptions qui ne viennent confirmer ces indications. Et de Rossi a longuement étudié à cet égard, tant dans son Bulletin d'archéologie chrétienne que dans sa *Roma sotterranea* (1), une très importante inscription de Césarée en Mauritanie. On la retrouvera également reproduite dans le résumé donné par Kraus de la *Roma sotterranea*, ainsi que dans sa *Real-Encyklopädie*, au mot *Katakomben* (2). En voici le texte :

AREAM AT SEPVLCRA CVLTOR VERBI CONTVLIT
ET CELLAM STRVXIT SVIS CVNCTIS SVMPTIBVS
ECLESIAE SANCTAE HANC RELIQVIT MEMORIAM
SALVETE FRATRES PVRO CORDE ET SIMPLICI
EVELPIVS VOS SATOS SANCTO SPIRITV
ECLESIA FRATRVM HVNC RESTITVIT TITULUM. M. A. I. SEVERIANI C. V.
EX ING. ASTERI.

On y voit qu'un nommé Evelpius, qui s'intitule *cultor Verbi*, avait cédé à sa communauté chrétienne, qu'il désigne déjà sous le nom d'*eclesia sancta*, un emplacement affecté à l'établissement d'un cimetière, avec les monuments qui s'y trouvaient compris, le tout destiné aux sépultures des membres de la communauté. Et cette communauté, qui se désigne elle-même sous le nom d'assemblée des frères, *eclesia fratrum*, a accepté le don qui lui était fait. Voilà donc une communauté chrétienne capable d'acquérir et de posséder, et qui reçoit d'un bienfaiteur, comme les petits collèges funéraires pouvaient recevoir des libéralités d'un riche patron. Ceux-ci se disaient volontiers les dévots d'une divinité païenne, « *cultores Dianæ et Antinoi* », comme il est dit dans les statuts du collège funéraire de Lanuvium (3). Evelpius, en reprenant le titre qu'ils se donnaient volontiers, se dit, à son tour, *cultor Verbi*. Tous ces rapprochements

(1) *Bullettino di arch. crist.* Aprile 1864, et *Roma sotterranea*, I, p. 105.

(2) Kraus, *Rom. Sotter.*, p. 58, et *Real-Encyklopädie*, t. II (V° *Katakomben*), p. 107.

(3) Ces statuts ont été publiés par Mommsen en appendice, à la suite de son étude sur les collèges (*De collegiis*). J'ai déjà dit qu'on trouverait ces statuts du collège de Lanuvium dans les *Textes de droit romain* de P. F. Girard.

ont été faits par de Rossi. Voilà qui appuie et confirme singulièrement les vraisemblances que l'on présentait, tout d'abord, comme de simples hypothèses.

L'explication de de Rossi paraît bien n'avoir été acceptée qu'avec quelque hésitation par son éminent continuateur, Orazio Marucchi, dans sa très belle et très savante étude sur le cimetière de Domitilla, dans la nouvelle série de la *Roma sotterranea* (1).

Mais elle a trouvé chez Lœning un défenseur éminent et convaincu, qui lui a donné une précision et une armature juridiques tout à fait remarquables (2). Aussi la trouvons-nous adoptée par la plupart des auteurs, avec plus ou moins de réserve il est vrai (3).

Il semble aujourd'hui qu'on lui soit beaucoup moins favorable.

Je ne ferai état, ne pouvant tout citer, que de l'exposé donné sur ce point par Mgr Duchesne, dans son *Histoire ancienne de l'Eglise*, et de celui de Neubecker, dans son étude sur les associations dépourvues de personnalité, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit*.

***

Mgr Duchesne reconnaît sans difficulté que, dès le second siècle, les chrétiens ont eu des propriétés leur appartenant en corps, et que, pour le troisième siècle, la question ne saurait faire aucun doute. A tous les passages déjà précédemment cités, il ajoute un texte de Lampride, qui nous montre Alexandre Sévère intervenant pour régler un différend qui s'était élevé à Rome entre les chrétiens et des caba-

(1) Orazio Marucchi, *Monumenti del cimitero di Domitilla* (Parte seconda, cap. IV), dans *Roma sotterranea cristiana* (nuova serie) t. I, p. 98-99.

(2) E. Loening, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, I, p. 207 et suiv.

(3) Voir, par exemple, Liebenam, *Zur Geschichte und Organisation des römischen Vereinswesens*, p. 268-272. Neumann, *Der römische Staat und die allgemeine Kirche*, I, p. 102 suiv. Waltzing, *loc. cit.*, I, p. 150-151. Dom Leclercq, v° *Catacombes*, dans le *Dictionnaire d'archéologie chrétienne et de liturgie* de dom Cabrol, fascic. 20, col. 2420 et suiv. Il semble bien que Renan se fût rallié aux mêmes conceptions, mais avec des nuances très sensibles toutefois, *Les Apôtres*, p. 360.

retiers qui se disputaient un lieu ayant appartenu jadis au domaine public, et que les chrétiens avaient affecté au culte; et c'est à ces derniers que l'empereur donne raison (1). Il reconnaît ainsi officiellement à la communauté chrétienne le droit de posséder (2).

Mais quant à expliquer la légalité de ce droit de propriété par l'hypothèse des *collegia tenuiorum*, Mgr Duchesne s'y refuse absolument. Et il s'appuie surtout pour le démontrer sur ce texte de Tertullien qui fournissait le seul document qu'on eût à invoquer avec quelque vraisemblance dans l'opinion favorable à l'emprunt fait par les chrétiens de la forme des collèges funéraires. Qui ne voit, en effet, que tout l'effort de Tertullien vise à établir une opposition radicale entre les associations chrétiennes et les réunions païennes? Sans doute, il insiste surtout sur le contraste offert par la façon dont se passent dans les unes et les autres les repas pris en commun, et par l'emploi des fonds; et l'on pourrait en conclure que la forme juridique pourrait être la même, alors que les faits qu'elle abrite seraient tout à fait différents. Mais tout le raisonnement du fougueux apologiste consiste à réfuter l'accusation d'association illicite, en montrant que les communautés n'ont d'autre but, pour leurs membres, que de se réunir pour prier et se secourir mutuellement, que ceux-ci s'y montrent une fois assemblés en corps ce qu'ils étaient séparément, des hommes probes, honnêtes et respectueux des lois, bien loin de venir pour comploter et conspirer, si bien qu'au lieu d'appeler leur groupement

---

(1) Duchesne, *Histoire ancienne de l'Eglise*, t. I[er], p. 383, not. 2. Lampride, *Alex. Sev.* 49. On trouvera ce texte de Lampride reproduit également dans l'*Enchiridion fontium historiæ ecclesiasticæ antiquæ* de Conradus Kirch, p. 289 et dans Preuschen, *Analecta, Kürzere Texte zur Geschichte der alten Kirche und des Kanons zusammengestellt*, p. 32. Ce texte d'ailleurs avait été déjà utilisé par de Rossi, *loc. cit.*, p. 105. Et contre les déductions qu'il en avait tirées, voir Neubecker, *loc. cit.*, p. 94 et suiv.

(2) Lampride prétend même qu'il avait voulu élever un temple au Christ et admettre celui-ci au nombre des dieux. Il en fut empêché par les prêtres chargés de consulter les oracles. Ils auraient appris des oracles que, si l'Empereur donnait suite à son projet, on se ferait chrétien en masse et que tous les temples seraient désertés. Lampride, *Vita Alexandri Severi*, 43 cité également dans l'*Enchiridion* de Kirch, p. 288). Preuschen, p. 31.

une *factio*, c'est plutôt du nom de *curia* qu'il faudrait le désigner (1). C'est donc la preuve que les associations de chrétiens étaient tenues pour illicites, puisque toute l'argumentation, si vigoureuse et si bien menée, a pour objet de réfuter cette assertion (2).

Et comment ne le seraient-elles pas? Les textes sont bien loin de nous dire que les associations exceptionnellement permises, tels les collèges funéraires, cessent d'être licites si, par leurs agissements et leurs caractères, elles tombent sous le coup des lois (3). C'était évidemment le cas des associations chrétiennes. Eussent-elles emprunté les formes les plus licites par elles-mêmes, celles des *collegia tenuiorum* par exemple, il eût suffi, et c'est Neubecker qui me fournit cette observation, de leur mode de sépulture pour trahir leur origine et leur caractère chrétien (4). Or si le seul nom de chrétien, comme on le voit par la correspondance de Pline et de Trajan (5), est, à lui seul, un crime, comment les associations de chrétiens dont le but est, pour leurs membres, d'accomplir les rites cultuels qui constituent le délit lui-même, ne seraient-elles pas contraires aux lois et illicites comme telles (6)? L'argument paraît bien irréfutable.

---

(1) « *Hæc coitio Christianorum merito sane illicita, si illicitis pari merito damnanda, [si non dissimilis damnandis,] si quis de ea queritur eo titulo, quo de factionibus querela est. In cujus perniciem aliquando convenimus? Hoc sumus congregati, quod et dispersi; hoc universi, quod et singuli; neminem lædentes, neminem contristantes. Quum probi, quum boni coeunt, quum pii, quum casti congregantur, non est factio dicenda, sed curia* » (*Apolog.*, 39 *in fine*).

(2) Voir dans le même sens, sur ce passage de Tertullien, une note de la plus haute importance de Sohm, dans son *Kirchenrecht*, I, § 8, note 22, p. 75. Cf. Mommsen, *De collegiis*, p. 90-91.

(3) D. 1 pr. (47. 22) « *Permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre, dum tamen semel in mense coeant, ne sub prætextu hujusmodi illicitum collegium coeat* ». Et, plus loin, après avoir dit que cependant ils (les *tenuiores*) peuvent encore se réunir pour cause de religion (*religionis causa coire non prohibentur*), Marcien ajoute « *dum tamen per hoc non fiat contra senatus consultum, quo illicita collegia arcentur* ».

(4) Neubecker, *loc. cit.*, p. 82.

(5) Plin. *Ep.* 96. Cf. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, p. 575, not. 3.

(6) Neubecker, *loc. cit.*, p. 80-83. Cf. Mommsen, *De collegiis*, p. 91.

Et d'ailleurs, pour en revenir à Tertullien, comment admettre, pour qui connaît la vigueur avec laquelle il condamne tout rapprochement avec le monde païen, qu'en opposant les associations chrétiennes aux autres il eût voulu ne viser que les faits intérieurs, tels qu'ils se passaient au sein de l'association, et non la forme même qu'elle aurait prise?

Le seul fait d'une contribution mensuelle pourrait-il suffire à lui seul à prouver l'identité? C'est un trait emprunté aux associations funéraires, parce qu'il s'imposait chez les chrétiens comme chez les autres. Suffirait-il de ce trait commun pour que les associations chrétiennes fussent devenues des collèges funéraires à la façon de ceux du monde païen? Dans les corporations d'artisans on payait aussi une cotisation mensuelle. Ce n'étaient cependant pas pour cela des collèges funéraires. Mais ce qui domine dans les associations chrétiennes, plus encore que le but funéraire, c'est le caractère cultuel. Il est manifeste dans les dépositions reçues par Pline et qu'il communique à Trajan dans sa fameuse lettre sur les chrétiens. Ceux-ci avouaient se réunir chaque matin à l'aube pour chanter les louanges du Christ, et se retrouver le soir pour le repas rituel (1). Nous sommes loin de l'objet visé par le texte de Marcien, comme devant être celui des *collegia tenuiorum*, et plus loin encore de la défense faite par les lois, en ce qui touche les membres de ces petits collèges, de ne se réunir qu'une fois par mois. Et, d'ailleurs, ces chrétiens de Bithynie savaient si bien n'être couverts par aucune forme juridique licite, qu'après l'interdiction des hétairies faite par Trajan et promulguée par son gouverneur, ils déclarent s'être abstenus de toute réunion (2). Il est vrai qu'à l'époque de Trajan la permission de constituer

(1) « *Adfirmabant autem hanc fuisse summam vel culpæ suæ vel erroris, quod essent soliti stato die ante lucem convenire carmenque Christo quasi deo dicere secum invicem..... : quibus peractis morem sibi discedendi fuisse, rursusque coeundi ad capiendum cibum, promiscuum tamen et innoxium* » (Plin. *Ep.* 96). Edition Hardy, *Pliny correspondence with Trajan*, p. 213-214.

(2) Plin. *Ep.* 96 « *Quod ipsum facere desisse post edictum meum, quo secundum mandata tua hetærias esse vetueram* ».

librement des collèges funéraires, en dehors de toute autorisation administrative, n'avait pas encore été étendue hors de Rome. Mais la vie intérieure des communautés chrétiennes était la même partout, à Rome comme en Bithynie; et les conditions légales sous lesquelles les *collegia tenuiorum* étaient permis eussent été aussi bien violées à Rome qu'elles auraient pu l'être par les chrétiens auxquels Pline avait eu affaire. A Rome comme en Bithynie ils auraient eu conscience de se heurter à toutes les lois de l'Empire.

Ajoutons enfin, et la remarque en a été faite par M. Orazio Marucchi lui-même (1), que l'on conçoit mal, dans les grands centres et à plus forte raison pour une ville comme Rome, un seul collège funéraire réunissant tous les chrétiens de la ville. Il eût fallu supposer qu'il y en eût plusieurs; on peut imaginer qu'il s'en fût constitué un par cimetière chrétien; et alors s'il se fût agi de véritables collèges à la façon des *collegia tenuiorum*, ils se fussent trouvés tous indépendants les uns des autres. C'est moi, cette fois, qui complète l'observation de M. Marucchi, en soulevant l'objection. Et que fût devenue l'unité de direction ecclésiastique qui était déjà si visible à cette époque dans l'Eglise de Rome (2)? Ce ne sont plus seulement les lois et les principes juridiques qui s'opposent à l'hypothèse de de Rossi; c'est la constitution même des premières églises chrétiennes.

Mais alors comment résoudre l'énigme juridique qui se pose, l'existence de véritables propriétés corporatives reconnues licites au profit de corporations illicites? Mgr Duchesne, avec son flair d'historien, a su pressentir la réponse, mieux peut-être que tous les juristes avec toute la rigidité de leurs principes. Nous savons si mal, quelquefois, en effet, éclairer le passé par les leçons du présent! Nous voyons tous les jours des lois qui sont lettre morte et un droit extra légal

(1) Orazio Marucchi, *Roma Sotterranea* (*Nuova serie*), I, p. 99.

(2) Cf. Pierre Batiffol, *L'Eglise naissante et le catholicisme* (éd. 1909), principalement *Excursus B* (Examen critique des théories protestantes de la formation du catholicisme), p. 172 et suiv. Mgr Batiffol s'est, d'ailleurs, pleinement rallié aux conceptions de Mgr Duchesne sur l'organisation juridique des premières communautés chrétiennes (*Eglise naissante*, p. 42-45).

qui se crée en marge de la loi, et quand nous avons affaire au passé nous voudrions toujours que les lois se fussent appliquées comme elles étaient écrites, nous raisonnons comme si la logique eût été partout la maîtresse des faits, comme si la réaction, tantôt des intérêts individuels, tantôt des consciences révoltées, n'eût pas modifié du tout au tout la vie réelle du droit en pleine contradiction avec sa structure légale.

Les chrétiens étaient condamnés par les lois, non pour les crimes de droit commun qu'ils auraient commis, *flagitia cohaerentia nomini*, mais pour leur seul nom de chrétiens, *nomen ipsum*, comme dit Pline, et comme le redira plus tard Tertullien dans son *Apologétique*. C'est un fait (1). Mais

(1) Je ne veux pas entrer ici dans le débat célèbre qui s'est élevé sur le fondement juridique des poursuites dirigées contre les chrétiens. Ceux-ci étaient-ils poursuivis par les empereurs et les magistrats uniquement en vertu du droit de police qui leur appartenait (système de Mommsen et de Weis), ou sur le fondement de lois véritables portées spécialement contre les chrétiens ? Cette question si débattue ne rentre pas directement dans mon sujet ; et, en dehors des ouvrages classiques de Allart et Aubé sur l'histoire des persécutions, de ceux de Renan, de Mgr Duchesne, de Mgr Batiffol, de Harnack, Ramsay, Neumann et tant d'autres, je me contente de renvoyer aux articles si savants et si convaincants de Callewaert, publiés dans la *Revue d'histoire ecclésiastique* de Louvain, 1901, 1902 et 1911 (*Les premiers chrétiens furent-ils persécutés par édits généraux ou par mesures de police ?*) et surtout dans la même *Revue*, 1911, *La base juridique des premières persécutions*, dans lequel il réfute le système exposé par Mommsen dans son *Römisches Staatsrecht*, et par Weis (*Christenverfolgungen*). Mais j'ai voulu laisser cette controverse tout à fait en dehors de mon sujet.

Je ferai seulement remarquer que s'il n'y avait pas eu des lois, peut-être de simples rescrits impériaux, visant spécialement les chrétiens, on ne comprendrait même pas la question posée par Pline à Trajan de savoir s'il suffisait du nom seul de chrétien pour justifier une condamnation. D'autre part, ces lois et rescrits, qui remontaient peut-être à Néron, — c'est tout au moins ce que laisserait entendre un passage de Sulpice Sévère, et ce que croient un grand nombre d'auteurs, — toute cette législation, dis-je, n'était pas, après tout, tellement claire et tellement formelle, puisque Pline se croit obligé d'en référer à Trajan. Il est peut-être assez vraisemblable que ces édits se fondaient, pour faire du seul nom de chrétien un délit, sur les crimes de droit commun qu'il impliquait, violation des lois sur les sociétés secrètes et associations illicites, et surtout crime de lèse-majesté, de telle sorte qu'on pouvait se demander si, dans chaque cas particulier, il ne fallait pas fournir la preuve que, sous l'accusation de christianisme, c'étaient ces différents crimes qui se trouvaient avoir été commis. De là, par conséquent, la question posée par Pline à Trajan. Celui-ci fixe désormais la jurisprudence et la

les chrétiens, punis comme tels, pendant près d'un siècle, on ne les poursuit qu'à l'état isolé. On s'en tient au mot de Trajan : « *Conquirendi non sunt* » (1). On écarte les délations anonymes et, de ce fait, on supprime la cause la plus importante de poursuites, celle qui fût venue des communautés privées (2). On ne poursuit que sur accusation personnelle, à ciel ouvert; et, sauf dans les cas de petites émeutes locales, elles deviennent de plus en plus rares (3). La haute société

---

tranche dans le sens le plus simple, mais aussi le plus radical; il suffira que le seul fait de profession de christianisme soit prouvé. C'est le chrétien comme tel, et en tant que chrétien, qui est puni par les lois : « *Christianum puniunt leges* », dira Tertullien (*ad Nationes* I, 6). C'est le point que nous pouvons considérer comme acquis : et cela suffira pour l'examen de la question spéciale qui fait l'objet de cette étude, sans que j'aie à examiner le problème de droit criminel romain que soulève le fait des premières poursuites contre les chrétiens.

(1) Sur ce rescrit de Trajan, voir Overbeck, *Studien zur Geschichte der alten Kirche*, p. 111 suiv., et également Herzog, *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung*, II, p. 354-355. Cf. Hardy, *Pliny correspondence with Trajan*, Introduction, « *Pliny and the Christians* », p. 60, p. 62. Ramsay, *The Church in the Roman Empire*, p. 211, p. 213 suiv. et surtout les articles de Callewaert déjà cités.

(2) Cf. Hardy, *loc. cit.*

(3) Nous rencontrons ici la question célèbre et si débattue du rescrit d'Hadrien à Minucius Fundanus. Il n'est pas douteux que, si nous devions le tenir pour authentique, il démontrerait, d'une part, d'une façon formelle le maintien, en tant que principe, de la jurisprudence inaugurée par Trajan, et, d'autre part, la modération visible avec laquelle elle fut appliquée par ses successeurs immédiats. Nous connaissons ce rescrit par Eusèbe qui nous dit, dans son *Histoire ecclésiastique* (IV, 8 et 9), avoir lu dans Justin que le gouverneur Serenius Granianus avait consulté Hadrien sur la conduite qu'il devait tenir à l'égard des chrétiens lorsqu'ils étaient poursuivis, sans autre inculpation, par des foules soulevées voulant les faire mettre à mort sans jugement. La réponse d'Hadrien n'aurait été adressée qu'au successeur de Serenius Granianus, Minucius Fundanus. Voilà qui rappelle singulièrement, comme on l'a fait depuis longtemps remarquer, l'échange de correspondance entre Pline et Trajan. Eusèbe qui prétendait avoir lu l'original du rescrit dans les écrits de saint Justin, en donne la traduction grecque qu'il dit en avoir faite. On la trouvera au chapitre 9 de son Histoire ecclésiastique (Voir édition Emile Grapin, *Eusèbe, Histoire ecclésiastique*, dans la collection de textes et documents publiés chez Picard par MM. *Hemmer* et *Paul Lejay*, I, p. 395). Mais, d'autre part, nous avons le même rescrit dans la version latine de Rufin, laquelle diffère sensiblement sur certains points de la plus haute importance du texte grec d'Eusèbe. Plus tard, le texte grec d'Eusèbe a été ajouté, comme une sorte d'appendice, à la suite de la première apologie de Justin (voir Justin, *Apologia*, édition Pautigny, publiée dans la même collection,

romaine, le monde officiel, dédaigne cette secte cachée, qui fait parler d'elle le moins possible ; le scepticisme règne dans les hautes classes, l'indifférence religieuse est partout. Les fonctionnaires se désintéressent. On ne s'avisera du danger que le jour où l'on verra les vieilles familles entamées par ce qu'on appelait la superstition nouvelle, le culte public délaissé, et avec lui toute la conception antique de l'Etat compromise. Ce jour-là vraiment les représentants du vieux

---

p. 147). Quoi qu'il en soit, on a pu prétendre que le texte latin de Rufin serait le texte même, c'est-à-dire l'original, de l'édit, tel qu'il se trouvait initialement dans Justin, puisque Eusèbe prétend l'avoir lu en latin dans les œuvres de Justin. D'autres auteurs croient que Rufin, sans avoir été à la source même, et sans avoir emprunté à Justin le texte du rescrit, s'est contenté de traduire, avec la liberté, et dans le cas présent il faudrait dire avec l'inexactitude, dont il était coutumier, le texte grec d'Eusèbe. En tout cas, il importerait grandement de savoir auquel des deux textes il y aurait lieu de donner la préférence, celui d'Eusèbe comme traduction fidèle et exacte de l'original, ou celui de Rufin comme étant l'original lui-même, au lieu de n'être qu'une traduction d'après Eusèbe. Ceux qui contestent l'authenticité du rescrit sont tentés de donner la préférence à Rufin ; et dans ce cas, en effet, l'authenticité du rescrit apparaît comme tout à fait invraisemblable, puisque, d'après le texte qu'il donne, Hadrien aurait présenté les chrétiens comme parfaitement innocents, *innoxii*, des crimes qu'on leur imputait. Ceux qui croient à l'authenticité du texte n'accordent de crédit qu'au texte grec d'Eusèbe, où il n'est plus fait la moindre allusion à l'innocence des chrétiens. Je ne saurais reproduire ici même les simples éléments de la controverse, laquelle m'entraînerait trop loin. On trouvera la bibliographie la plus importante du sujet dans Preuschen, *loc. cit.*, p. 17-18 (Preuschen donne en regard la traduction latine de Rufin). Au contraire Kirch, dans son *Enchiridion*, p. 22, donne la traduction de Valois. J'indique toutefois que, depuis l'édition de Preuschen que j'ai eue entre les mains (édition de 1893), la littérature du sujet s'est considérablement augmentée. L'authenticité avait été surtout contestée en France par Aubé, *Histoire des persécutions de l'Eglise jusqu'à la fin des Antonins* (2e édit.) p. 263 (On trouvera également en note dans Aubé, *loc. cit.*, p. 263, la version latine de Rufin). Depuis, je signale une étude capitale d'A. Harnack, en faveur de l'authenticité (*Das Edikt des Antoninus Pius*, Leipzig, 1895). Mais l'étude décisive sur toute cette question est celle de Callewaert, *Le rescrit d'Hadrien à Minucius Fundanus*, parue dans la *Revue d'histoire et de littérature religieuses* (1903), p. 152 suiv. Je signale enfin les quelques pages consacrées à cette question par Bouché-Leclercq, dans l'ouvrage qu'il vient de faire paraître, *L'intolérance religieuse et la politique* (Paris, 1911), p. 229-231. Voir aussi les références données, à ce sujet, dans l'édition d'Eusèbe, de Emile Grapin, en appendice, I, p. 612.

Après ces préliminaires, qui m'ont paru indispensables, je transcris ici le passage du rescrit d'Hadrien qui pourrait venir confirmer les quelques idées que j'exposais (Eusèbe, *Hist. eccl.* IV, 9) : Οὐ δοκεῖ μοι οὖν τὸ πράγμα ἀζήτητον

monde païen prendront peur. Ils édicteront des persécutions en masse, croyant pouvoir éteindre en une seule fois par les codes et le bûcher la religion nouvelle. Ce sera la lutte décisive entre deux mondes. Jusque-là, les choses se passèrent beaucoup plus simplement, et beaucoup moins tragiquement. A la veille de la grande persécution de Dèce, les chrétiens venaient de jouir de près de cinquante années de paix complète. Ils étaient condamnés en droit, mais tolérés

---

καταλιπεῖν, ἵνα μήτε οἱ ἄνθρωποι ταράττωνται καὶ τοῖς συκοφάνταις χορηγία κακουργίας παρασχεθῇ. Εἰ οὖν σαφῶς εἰς ταύτην τὴν ἀξίωσιν οἱ ἐπαρχιῶται δύνανται διϊσχυρίζεσθαι κατὰ τῶν χριστιανῶν, ὡς καὶ πρὸ βήματος ἀποκρίνασθαι, ἐπὶ τοῦτο μόνον τραπῶσιν, ἀλλ' οὐκ ἀξιώσεσιν οὐδὲ μόναις βοαῖς. Voici en regard la traduction de Valois : « *Nec sane mihi videtur res ista absque diligenti inquisitione prætereunda, ne forte et Christiani* (*Christiani* est une addition un peu tendancieuse, le grec se contentait de dire οἱ ἄνθρωποι) *homines turbentur* (Rufin, encore plus tendancieux, du moment qu'il s'agissait de chrétiens, donnait la version suivante « *ne et innoxii perturbentur* »), *et delatoribus calumniandi occasio præbeatur. Igitur, si provinciales palam adesse possunt petitionibus suis adversus christianos, ita ut pro tribunali respondeant, in id unum incumbant, nec petitionibus solisque clamoribus utantur* ». Ce serait une confirmation très nette du rescrit de Trajan contre les dénonciations anonymes et calomnieuses, et surtout contre les accusations tumultueuses des foules locales, susceptibles d'englober des innocents comme des coupables, et d'exercer leur fureur même contre des païens plus ou moins suspects, qu'il suffisait de taxer de christianisme. Et c'était souvent le cas. Si le rescrit d'Hadrien s'en était tenu là, il n'y aurait vraiment rien dans son dispositif qui, en dehors des raisons extrinsèques que je ne puis même pas aborder ici, pût faire suspecter l'authenticité du texte. C'est la confirmation pure et simple du système inauguré par Trajan, avec quelques préoccupations en plus de discipliner les poursuites et de résister aux entraînements populaires, si aveugles et si prompts à frapper au hasard et sans preuve, dangereux pour les païens autant que pour les chrétiens. Et même s'il était établi que le texte de Rufin fût le texte initial, on pourrait très bien admettre que les mots « *ne et innoxii perturbentur* », du moment qu'on n'ajoute pas « *et innoxii Christiani* », se rapportassent précisément aux païens susceptibles d'être englobés dans la poursuite et massacrés sans autre forme de procès. L'empereur se montrerait surtout soucieux de la sécurité des païens, plus encore peut-être que de celle des chrétiens. Il n'y a rien là qui doive nous rendre le texte suspect.

Le doute pourrait venir, il est vrai, de la disposition qui suit, et qui, celle-là, paraît bien, à première vue, difficilement explicable. Mais nous la retrouverons plus loin. Pour le moment, je m'en tiens au passage cité.

Et j'ajoute, d'ailleurs, que, même s'il fallait y voir, comme le prétend Aubé dans une analyse très forte et vraiment susceptible de faire impression, une réplique de la correspondance entre Pline et Trajan, inventée après coup, — comme tant d'autres pièces fausses, telle qu'une prétendue lettre de Marc-Aurèle, et antérieurement un prétendu rescrit d'Antonin le Pieux, — pour

en fait. Etant tolérés, il fallait bien que leurs communautés, quelles qu'elles fussent, se trouvassent tolérées également, puisqu'ils ne pouvaient vivre qu'en communauté. Or, là où il y a communauté, il y a forcément propriété commune. Mettons que ce ne soit, en droit strict, qu'une indivision et une copropriété. Mais ces rigueurs et ces subtilités du droit strict sont inintelligibles au vulgaire et aux profanes. Là où l'on voit une collectivité unifiée ne formant qu'un seul corps, on ne lui attribue aussi qu'une propriété unifiée, appartenant au corps lui-même et non à ses membres individuellement. En dépit de la protestation des juristes, il se crée, dans la conception courante, un droit nouveau, et une propriété nouvelle qui l'emporte sur le droit légal, sur la propriété émiettée, fractionnée; il y a une collectivité qui existe et qu'on ne dissout pas. Tant qu'elle existe, elle possède; et si elle possède, c'est en tant que collectivité, et non à titre d'indivision pure et simple. C'est un fait, et rien ne peut prévaloir contre un fait. Donc, tant qu'une collectivité n'est pas dispersée, légale ou non, elle constitue un être collectif

---

appuyer les revendications des apologistes chrétiens du second siècle sur l'autorité des empereurs estimés les plus sages et les plus justes, il serait difficile cependant de ne pas y voir, tout au moins, la trace d'une tradition depuis longtemps acceptée, qui représentait Hadrien comme ayant observé, vis-à-vis des chrétiens, une politique de modération dont les apologistes du second siècle tenaient à lui faire honneur.

Tout cela ne veut pas dire, à coup sûr, que cette politique de modération eût suffi à écarter toute poursuite. La règle établie par Trajan restait dominante. Lorsqu'il y avait poursuite et accusation régulières, en dehors de toute dénonciation anonyme et de tout mouvement populaire, il fallait bien sévir. Les lois étaient en cause. Les chrétiens, comme tels, par leur refus de sacrifier aux dieux de l'Empire et aux divinités impériales, Augustes et Césars déifiés, se rendaient coupables du crime de lèse-majesté. Mais c'était déjà beaucoup, beaucoup pour eux et pour la paix publique en général, de détourner les fureurs populaires et d'écarter les accusations en masse, pour se contenter de quelques exemples sur poursuite et accusation individuelles. C'était faire la part du feu.

Cette politique d'Hadrien fut, tout aussi bien, celle des Antonins. Voir sur tous ces points, Aubé, *loc. cit.*, p. 302 suiv., également les ouvrages classiques d'Allart, *Histoire des persécutions pendant les deux premiers siècles*; et cf. Overbeck, *Studien zur Geschichte der alten Kirche*, p. 116, p. 127; Herzog, *loc. cit.*, p. 401 suiv.; Neumann, *Der römische Staat und die allgemeine Kirche*, I, p. 26 et suiv.; Ramsay, *loc. cit.*, p. 320 suiv.; Renan, *Marc-Aurèle*, p. 307 suiv.; Bouché-Leclercq, *loc. cit.*, p. 223 suiv.

qui possède à titre collectif. Cet être, dans le petit monde chrétien, était toujours fragile et précaire, soumis à toutes les sautes de vent. Et chaque fois que l'on persécutait les individus comme tels, on dispersait par le fait même les collectivités qu'ils formaient; on s'emparait de leurs biens. Mais c'était une confiscation, et, une fois la tempête passée, lorsqu'on restituait aux églises ce qu'on leur avait pris, c'est en reconnaissant leur propriété antérieure qu'on le leur restituait. On consacrait légalement le droit qui s'était créé de fait dans la conscience populaire, qui s'était créé si l'on peut dire en dehors du droit et contre le droit, mais qui était un droit tout de même. Les formules légales n'ont pas d'expression pour désigner ces conflits, tant qu'ils durent, et tant qu'ils n'ont pas abouti à une solution définitive, parce que, comme dira Neubecker (1), nous autres juristes nous n'avons pas de terme juridique pour la révolution, c'est-à-dire pour exprimer ce qui se présente sous la forme d'une révolution. La formule n'apparaît que lorsque la révolution est accomplie. Mais j'ajouterai que le droit n'a pas attendu pour se faire reconnaître que la révolution soit faite et que la formule ait été créée (2).

Peut-être aurons-nous, sur le terrain purement juridique, quelques précisions plus fermes à ajouter pour expliquer toute cette évolution. Mais ces détails à part, l'explication que nous en donnerons ne modifiera que bien peu de choses au tableau d'ensemble qu'un historien comme Mgr Duchesne en a tracé.

***

Pour bien comprendre la conception exposée par Neubecker (3), il faut avoir présente à l'esprit une distinction importante à établir entre deux sortes d'associations illicites, les unes pour défaut de forme, les autres pour illégalité du

(1) Neubecker, *loc. cit.*, p. 86.

(2) J'ai déjà renvoyé à l'exposé à peu près similaire fait par Mgr Batiffol, *L'Eglise naissante*, p. 43-45.

(3) Neubecker, *loc. cit.*, § 25.

but (1). Les premières sont celles qui se seraient formées sans autorisation, alors qu'elles ne rentreraient pas dans les catégories privilégiées qui peuvent se constituer librement. Elles sont illicites de forme seulement ; car il peut se faire que leur objet par lui-même n'ait rien d'illicite. Les autres le sont à raison de leur but. Ce peuvent être des associations licites dans la forme, comme par exemple celles qui se seraient constituées comme collèges funéraires, et qui s'occuperaient de tout autre objet, et dégénéreraient en associations politiques. Marcien, dans ce texte du Digeste, déjà si souvent cité, prévoit expressément cette déviation de l'activité statutaire de l'association : « *Sed permittitur tenuioribus stipem menstruam conferre, dum tamen semel in mense coeant, ne sub prætextu hujusmodi illicitum collegium coeat* » (2). Ce pourrait être tout aussi bien une association constituée avec autorisation et qui, après coup, dégénérât, par déviation du but, en collège illicite ; ou enfin une association de fait fondée sans autorisation et qui eût en même temps pour objet un but illicite.

En soi la distinction se comprend très bien. Mais est-on sûr d'en trouver trace dans les textes? Sans doute, quand on lit la plupart des textes dans lesquels il est parlé de *collegium illicitum*, on a l'impression que ce mot ne vise que les associations poursuivant un but illicite, c'est le sens certain attaché par Trajan à l'expression d'*hetæriæ* dans les provinces orientales. Et lorsque Marcien parle des *collegia tenuiorum* qui peuvent dégénérer en collèges illicites, il ne peut guère être question, à ce propos, que d'associations dont le but soit devenu illicite, puisque initialement, dans la forme, elles étaient permises. C'est l'opinion de Cohn (3).

De même enfin, quand Ulpien frappe sinon les fondateurs d'un collège illicite, du moins ceux qui se servent de son

(1) Cette distinction avait déjà été très bien mise en lumière par Liebenam, *loc. cit.*, p. 33, p. 235 et suiv., et Waltzing, I, p. 135.

(2) D. 1 pr. (47, 22). Cf. D. 1, § 1 (47, 22) : « *Sed religionis causa coire non prohibentur, dum tamen per hoc non fiat contra senatus consultum, quo illicita collegia arcentur* ».

(3) Cohn, *Zum römischen Vereinsrecht*, p. 93 et suiv.

concours et de son appui, des mêmes peines que celles qui prévoient certains complots à main armée, il semble bien qu'il ne puisse viser que les associations poursuivant un but politique, ou destinées à fomenter des troubles et des séditions (1). Il n'y aurait donc vraiment de collège illicite au sens juridique du mot que celui qui poursuit un but illicite. La distinction se trouvait ainsi établie.

Et cependant je doute qu'il faille prendre l'expression de collège illicite avec ce sens exclusif, comme s'appliquant uniquement aux associations dont le but serait contraire aux lois et à l'ordre public, et non à celles qui ne seraient irrégulières que dans la forme, par défaut d'autorisation. Car nous avons des textes qui parlent de la dissolution des collèges illicites, un texte célèbre de Marcien par exemple (2). Faudrait-il donc ne l'appliquer qu'aux associations à but illicite et non à celles qui, sans poursuivre de but illicite, se seraient formées sans autorisation ? Ce serait bien inadmissible. S'il en était ainsi, quelle sanction la loi se serait-elle réservée contre les collèges non autorisés ?

D'ailleurs, Marcien, après avoir dit que les collèges illicites sont dissous par application des constitutions impériales et sénatus-consultes, constate que, en somme, *in summa*, dit-il, dès qu'il ne s'agit plus de collèges autorisés, on se trouvera en présence de collèges formés en violation de ces mêmes constitutions et sénatus-consultes (3). C'est donc la preuve que, pour lui, en général, tout collège formé

---

(1) D. 2 (47, 22) : « *Quisquis illicitum collegium usurparerit, ea pœna tenetur, qua tenentur qui hominibus armatis loca publica vel templa occupasse judicati sunt* ». Cf. D. 1, § 14 (1, 12). Cf. Waltzing, I, p. 136.

(2) D. 3 pr. (47, 22) : « *Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatus consultis dissolvuntur* ». Pour ce texte de Marcien, et au sujet de l'explication qui va suivre, voir Waltzing, I, p. 135-136.

(3) « *In summa autem, nisi ex senatus consulti auctoritate vel Cæsaris collegium vel quodcumque tale corpus coierit, contra senatus consultum et mandata et constitutiones collegium celebrat* ». De ce que Marcien fait allusion à la fois à l'autorité du sénat et à celle de l'empereur pour fonder la légalité des collèges, Waltzing en a tiré la preuve que l'autorisation devait être donnée par le sénat dans les provinces soumises à l'autorité du sénat, et émaner de l'empereur dans celles qui lui étaient attribuées. Waltzing, *loc. cit.*, I, p. 127, note 2.

sans autorisation alors qu'il aurait dû être autorisé, devient un de ces collèges illicites dont il venait de parler et qui peuvent être dissous en vertu des lois de l'Empire.

Il est vrai que je m'écarte sensiblement sur ce point de l'interprétation que donne Neubecker des fragments de Marcien. Il appuie sur les mots « *in summa* », auxquels il donne un sens partitif, pour croire que Marcien aurait voulu laisser entendre que, sans doute, parmi les collèges non autorisés, la plupart seraient considérés comme contraires au droit, mais pas tous (1). Il voudrait dire que la présomption est assurément qu'étant irréguliers dans la forme ils se sont formés dans un but illicite, mais que la preuve contraire serait admise. Si donc il était établi que le but n'eût rien de contraire aux lois, le seul fait du défaut d'autorisation ne suffirait pas à établir ce caractère. Et cette fois la distinction entre les deux degrés d'illégalité résulterait, au moins par voie d'allusion, du texte de Marcien lui-même.

C'est à mon avis attacher bien de l'importance à ces deux petits mots « *in summa* ». Et même, à supposer qu'ils eussent pour objet d'indiquer une réserve, et d'établir que parmi les associations non autorisées toutes ne seraient pas contraires aux lois, il suffirait, pour expliquer cette réserve, d'y voir une allusion aux associations non autorisées, mais qui, par exception, pouvaient se former sans autorisation, les *collegia tenuiorum* par exemple.

De toute façon, il est difficile de contester que les mots *collegia illicita* ne soient pris ici au sens large, visant même les associations formées sans autorisation, quel que soit leur but.

Aussi conclurais-je volontiers que le mot, comme cela arrive si souvent, avait un sens large et un sens plus étroit. Au sens large il comprenait les deux catégories de collèges illicites, et au sens étroit il visait surtout ceux dont le but était contraire aux lois et à l'ordre public.

Mais je reconnais d'autre part, pour toutes les preuves que

(1) Neubecker, *loc. cit.*, p. 75.

j'en ai données, que c'est le sens étroit qui était le sens courant. En général, lorsqu'on parle de *collegium illicitum*, dans la langue courante, c'est aux associations à but illicite, associations plus ou moins suspectes ou séditieuses, que l'on fait allusion. Et c'est déjà un argument puissant en faveur de la distinction proposée par Neubecker.

Mais, à défaut du texte de Marcien, dont je conteste, quant à moi, la valeur probante, Neubecker invoque, en outre, un autre passage du Digeste (1), celui-ci très significatif, où il est dit, depuis qu'on eut admis la possibilité de faire un legs à un collège, que, si le legs s'adresse au collège lui-même, pourvu que le collège soit autorisé, il sera valable sans hésitation, mais que, si le collège ne l'était pas, il ne sera valable qu'à la condition de s'adresser à ses membres, pris individuellement; et ceux-ci le recevront, non pas en tant que corps, mais à titre individuel (2). Il va donc suffire, si le collège n'est pas autorisé, pour que le legs soit valable, que l'on puisse, d'après ses termes, le considérer comme s'adressant à tous ceux qui en font partie pris en groupe, et admis chacun, pour sa part, au bénéfice du legs. Cela revient à dire qu'un collège non autorisé, donc illicite dans la forme, peut cependant être l'objet d'un legs valable, pourvu qu'on le considère, non pas comme une *universitas* formant une personne juridique, mais comme une collectivité de membres pris individuellement. Un collège non autorisé constitue donc, tant qu'il subsiste et que l'on n'use pas à son égard du droit de dissolution, une association de fait qui existe en droit, mais qui se distingue des collèges légalement autorisés en ce qu'elle n'a pas la personnalité juridique. Elle possède bien encore à titre collectif, mais sans que l'individualité de ses membres ait disparu dans l'unité de l'être corporatif. Mommsen était d'avis qu'une association de ce

(1) Neubecker, *loc. cit.*, p. 75-76.

(2) D. 20 (34, 5) : « *Cum senatus temporibus divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod, si corpori cui licet coire legatum sit, debeatur : cui autem non licet si legetur, non valebit, nisi singulis legetur ; hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum* ».

genre posséderait à la façon d'une société (1). Je croirais plus volontiers qu'il y aurait là un de ces phénomènes de propriété commune qui précèdent, dans presque toutes les législations, l'idée de personnalité juridique, sous la forme unitaire et concentrique.

Il va de soi, au contraire, que si le collège était illicite au sens délictuel du mot, et non plus seulement pour défaut de forme, il ne pourrait recevoir de libéralités sous aucune forme, et que le legs qui lui serait adressé, même s'il visait ses membres individuellement, serait absolument nul, comme fait en vue d'un but illicite. Voilà donc bien la triple distinction qui se précise, entre collèges licites, d'une part, et, de l'autre, entre collèges illicites en la forme et collèges illicites pour but illégal.

Quoi qu'il en soit, si cette interprétation de Neubecker est exacte, et je la crois exacte, nous allons mieux comprendre le texte de Marcien auquel j'ai déjà fait allusion, et que j'ai considéré comme s'appliquant surtout aux collèges illicites pour défaut de forme, indépendamment de la question de légalité du but. C'est qu'il ajoute, en effet, après avoir parlé de dissolution, qu'il est permis aux membres du collège, une fois la dissolution opérée, de se partager ce qui reste du fonds commun. Voilà qui se comprend admirablement s'il est en effet question de ces associations qui possèdent, non pour un être distinct, mais pour la collectivité de leurs membres pris individuellement. Ce droit au partage se comprendrait beaucoup moins s'il s'agissait d'associations dissoutes pour but illicite, comme séditieuses ou suspectes ; c'est certainement la confiscation qui devait les frapper (2). Et, d'autre part, si c'est l'être juridique et corporatif que l'on entend supprimer en elles, on devait être tenté d'en déduire la théo-

(1) Mommsen, *De colleg.*, p. 36, p. 117. Cf. également Cohn, *loc. cit.*, p. 95.

(2) Neubecker, *loc. cit.*, p. 78. Waltzing, I, p. 136. On peut dire, en général, que presque tous les auteurs admettent cette solution : au cas de dissolution de collèges illicites pour but illicite, c'est la confiscation qui devait intervenir. Mais j'ai déjà signalé que Cohn (*loc. cit.*, p. 95-96) émettait des doutes à ce sujet. Finalement, il croit que le texte de Marcien, même en ce qui concerne le partage du fonds social, visait tout aussi bien les collèges dont le but serait illicite. Cette opinion est, d'ailleurs, à peu près isolée.

rie chère, sous tous les régimes et dans tous les temps, aux partisans de la prééminence de l'Etat, celle des biens vacants appartenant au fisc.

Quoi qu'il en soit, nous voyons la distinction se dessiner et se préciser, avec quelques-uns des intérêts pratiques qui en seraient la conséquence, soit en matière de personnalité, soit en ce qui touche la dissolution.

Mais la distinction admise, il y avait à se demander, — puisque les communautés chrétiennes doivent être tenues pour illicites, c'est un point acquis, la thèse de la forme empruntée au *collegia tenuiorum* étant supposée écartée, — dans laquelle des deux catégories on devait les faire rentrer.

Et Neubecker, avec sa logique rigoureuse de juriste, ne manque pas de les classer dans la seconde (1), puisque c'est précisément en elles le but qui est illicite. Bien entendu, il serait difficile d'appuyer ce raisonnement sur des textes, puisqu'il n'en est aucun qui entre ouvertement dans ces distinctions et ces subtilités. Mais les principes y conduisent, et l'on ne voit rien qui vienne y contredire.

Rien, si ce n'est cependant le droit de posséder, ou, plutôt, disons, pour ne rien préjuger, le fait que les communautés chrétiennes possédaient leurs lieux de réunions et leurs cimetières. Voilà qui ne concorde guère avec ce qu'on nous a dit des associations de la seconde catégorie, celles dont la seule existence est un délit, qui ne peuvent pas recevoir de legs valable, même au profit de leurs membres, et dont les biens, lorsqu'elles en possèdent en fait, sont virtuellement la propriété de l'Etat, sans pouvoir jamais leur appartenir en droit.

Ici encore, on ne peut guère procéder que par hypothèse. Celle des *collegia tenuiorum* étant rejetée, on suppose que l'on eut recours à la propriété individuelle, avec tous ses dangers et ses précarités. Mais à ces époques de foi naissante on n'avait pas de surprises à craindre. Et de fait nous savons, pour ce qui est de Rome, que toutes les catacombes les plus anciennes, je ne citerai pour mémoire que

(1) Neubecker, *loc. cit.*, § 24 *in fine*, p. 80, et tout le § 25, p. 80 et suiv.

le cimetière de Domitilla, portaient le nom d'une riche famille (1). Nous voyons, par ailleurs, de petites communautés chrétiennes se tenir dans la maison d'un des leurs (2). Ce sont ces cas exceptionnels que Neubecker généralise. Il en revient à l'expédient, encore si fréquent aujourd'hui, de l'interposition de personne, interposition par personne individuelle, au lieu d'une interposition par personne collective. La propriété collective, quand elle est interdite, ne peut, en effet, se dissimuler que sous ces deux formes opposées ; ou bien elle emprunte le moule juridique d'une association licite, ou bien elle se concentre aux mains d'un propriétaire fiduciaire, purement apparent. On a voulu faire honneur aux premiers chrétiens du premier expédient, grâce à la fiction des *collegia tenuiorum* ; nous avons repoussé cette hypothèse. On veut maintenant qu'ils aient eu recours à l'autre, celui du pacte de fiducie (3). Ils auraient ainsi devancé l'histoire des *trusts* anglais. Le terrain, catacombe, cimetière, lieu de réunion, aurait été aux mains d'un propriétaire qui se serait engagé par un pacte de fiducie à laisser l'immeuble à l'usage auquel il était affecté. Lorsqu'il s'agissait de lieu de sépulture, la perpétuité de leur affectation aurait pu être encore mieux assurée par la clause si fréquente en pareil cas que nous révèlent les inscriptions, et qui avait pour objet d'excepter cette catégorie de propriété de la succession testamentaire, afin de la laisser à perpétuité dans la famille du défunt : H . M . H . EX . T . N . S . (*Hoc monumentum haeredes ex testamento ne sequatur*) (4). Pour l'argent et les meubles on pouvait supposer qu'ils étaient confiés à l'un des chefs de la communauté, l'épiscope par exemple, qui les administrait pour le compte de la communauté et les distribuait en aumônes.

(1) Voir à ce sujet tous les travaux sur les catacombes, de Rossi, et, à la suite, de Kraus, d'Allard, etc. Je me contente de renvoyer, comme étant le plus récent, à l'article de Dom Leclercq, *Dictionnaire d'archéologie chrétienne*, au mot *catacombes*, col. 2422 et suiv.

(2) Voir textes dans Liebenam, *loc. cit.*, p. 279, note 4.

(3) Neubecker, *loc. cit.*, p. 83-84.

(4) Cf. Kraus, *Roma sotterranea*, p. 50, et *Real- Encyclopädie*, v° *Katakomben*.

Cette hypothèse s'accorderait assez bien avec la concentration des pouvoirs qui se fit très vite dans l'Eglise. L'évêque sera devenu plus tard le seul administrateur des biens de l'Eglise ; nominalement ils appartiendront à l'Eglise, mais l'évêque sera seul à en régler l'emploi (1). Au début, on ne disait pas qu'ils appartinssent à l'Eglise, parce que celle-ci ne pouvait pas posséder légalement. Mais l'évêque, propriétaire apparent, était obligé de ne s'en servir que pour l'usage de la communauté. Les mots seuls différaient. La situation de fait était la même.

A ce titre, on pouvait donc dire, si l'on se place au point de vue de la réalité, au lieu de s'en tenir aux apparences et aux formes juridiques, qu'il y avait un patrimoine ecclésiastique et des biens de la communauté, peu importe la façon dont ils fussent possédés. En réalité, et au fond, c'est à elle que ces biens appartenaient, et, dans le langage courant, on pouvait dire qu'elle les possédait et qu'elle en était propriétaire, comme plus tard, en Angleterre, on dira de celui qui devait avoir le bénéfice des fiefs cédés à un titulaire purement apparent, avec charge d'affectation, qu'il en était vraiment le propriétaire en équité, l'autre, le *trustee*, n'ayant qu'une propriété légale et purement nominale. Les formes juridiques ne peuvent pas se multiplier à l'infini. Les noms diffèrent. Mais, sous la variété des formules, ce sont toujours les mêmes procédés que l'histoire nous représente. Qu'y a-t-il donc d'étonnant si les tribunaux anglais, lorsque la préoccupation de l'équité prévalut peu à peu, reconnurent le droit de propriété de l'affectation, que, à Rome également, lorsqu'on fit enfin justice aux chrétiens en leur restituant leurs propriétés, on eût reconnu leur droit collectif, et désigné comme propriété du groupe ce qui, depuis longtemps, était considéré comme tel, en dépit des formes plus ou moins apparentes et purement nominales de propriétés individuelles auxquelles on avait dû recourir ?

---

(1) Renan, *Marc-Aurèle*, p. 416 et suiv. A. Harnack, *Entstehung und Entwickelung der Kircheverfassung und des Kirchenrechts in den zwei ersten Jahrhunderten* (1910), p. 70-71.

Dans l'intervalle, sans doute, il y a un moment où le droit reste en l'air, équivoque, incertain ; c'est que, comme dit Neubecker, dans une page très belle à laquelle j'ai déjà fait allusion (1), c'est toute une révolution qui se fait ; et tant qu'elle se fait le droit n'a pas d'expressions pour désigner la révolution. Elle se fait contre lui. C'est quand elle est achevée et que l'ordre juridique s'est rétabli, que les nouvelles formules apparaissent qui viennent consacrer ses conquêtes. L'édit de Milan et ceux qui l'avaient précédé ont apporté, en matière de propriété ecclésiastique, ces formules nouvelles qu'attendait la révolution qui venait de se clore.

⁂

Hypothèse pour hypothèse, celle de Neubecker vaut-elle beaucoup mieux que celle de de Rossi ? J'ai été très tenté de m'y rallier ; je m'y suis même quelque peu rallié dans mes leçons sur la personnalité juridique (2). Aujourd'hui, j'éprouve beaucoup plus d'hésitation.

Tout d'abord, si tout à fait au début, alors qu'à Rome la communauté chrétienne ne s'est pas encore organisée, nous voyons les chrétiens se réunir chez l'un des leurs, ou quelques membres riches mettre leurs sépultures de famille à la disposition de la communauté, cet état de choses embryonnaire cesse de très bonne heure. Vers la fin du second siècle, et au commencement du troisième, à l'époque où écrivait Tertullien, il a tout à fait disparu. Toutes les grandes catacombes aménagées à cette époque-là ont cessé de prendre des noms patronymiques. Elles sont la possession collective de la communauté, non seulement quant au fond, mais dans la forme (3). Et nous le voyons mieux encore par cette inscription de Césarée en Mauritanie, étudiée par de Rossi, et qui date à peu près du même temps. Il s'agit bien, ici aussi, d'un particulier qui fonde un lieu de sépul-

(1) Neubecker, *loc. cit.*, p. 86-87.

(2) *De la personnalité juridique*, p. 74, note 1.

(3) Voir l'article déjà cité du *Dictionnaire d'archéologie chrétienne* au mot *Catacombes*, col. 2425 et 2426, et aussi au mot *Calliste*, col. 1661.

ture pour la communauté. Mais bien loin de le garder dans sa propriété, fût-elle purement nominale, c'est à l'Eglise qu'il en fait don : « *Ecclesiæ sanctæ hanc reliquit memoriam* ». Ce ne sont pas là les termes dont on se servirait pour désigner une simple affectation par voie de fiducie. Et c'est si bien l'Eglise, c'est-à-dire la collectivité des frères, qui en est propriétaire, que c'est elle qui fit restaurer l'inscription : « *Ecclesia fratrum hunc restituit titulum* ».

Et d'ailleurs, un pacte de fiducie est encore un pacte (1). Pour être valable, il faut que celui avec qui il est conclu soit reconnu capable de passer valablement un acte juridique. Si donc la communauté au profit de qui il eût été conclu était illicite au sens où l'entendait Neubecker, elle eût été aussi incapable de contracter que de posséder. Je veux bien qu'alors, entre chrétiens, on ne se préoccupât pas de sanctions juridiques, les chrétiens s'interdisant de recourir les uns contre les autres aux tribunaux païens. Mais alors à quoi bon un contrat et un pacte de fiducie, lorsqu'on savait par avance qu'il ne dût offrir aucun moyen de le faire respecter! Une simple tolérance, une simple possession par voie de *precarium*, eût suffi tout aussi bien. On s'en fût remis à la bonne foi du donateur et de ses héritiers.

Mais précisément nous ne voyons nulle part, au second siècle, que les chrétiens se fussent contentés de formes aussi précaires et aussi fragiles. Bien précaires assurément et bien fragiles, à une époque de foi aussi incertaine, où, lorsqu'une persécution éclatait, les renégats, les *lapsi*, se faisaient nombreux, où les plus fermes et les plus sûrs

(1) D'autre part, on ne connaît guère d'applications du *pactum fiduciæ* que celles qui avaient pour objet de réserver à l'aliénateur d'un bien le droit d'en réclamer la restitution sous certaines conditions déterminées. Ce qui n'était guère le but que pouvait avoir en vue celui qui mettait un de ses biens à la disposition d'un groupe de chrétiens. Il entendait ne jamais le reprendre, ni lui, ni ses héritiers. On ne pouvait guère songer qu'à la confiscation comme condition éventuelle du droit de reprise. Mais c'eût été alors un droit purement platonique. Car très certainement l'Etat ne se serait pas arrêté devant le prétendu droit de celui qui avait cédé le bien confisqué. Sur le *pactum fiduciæ*, voir surtout P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* (édit. 1911), p. 519 et suiv., et les notes si savantes qui complètent les explications données au texte.

pouvaient être trahis par leurs descendants et à plus forte raison par des héritiers collatéraux. Comment supposer que la collectivité chrétienne se fût mise à la merci de pareils risques?

Il n'y a qu'à se reporter à tous les textes rassemblés par de Rossi et Mgr Duchesne pour établir l'existence d'une propriété ecclésiastique à l'époque du IIIe siècle (1). Aucun qui puisse laisser supposer qu'il s'agisse d'une simple affectation collective, alors que la propriété nominale aurait été au nom d'un particulier. Lorsque Licinius, dans son édit de restitution, parle des lieux de réunion des chrétiens et de tous ceux qui leur appartenaient, il a bien soin d'ajouter qu'ils étaient dès avant la persécution la propriété du corps, c'est-à-dire des Eglises, et non celle des particuliers, et que c'est aux Eglises qu'il faut la restituer (2). Ce ne sont pas là des formules créées après coup, une fois la révolution achevée. C'est l'expression d'un état de droit déjà reconnu et existant, alors qu'elle se faisait. Et lorsque Lampride, dans le texte cité par Mgr Duchesne, parle de cette dispute entre chrétiens et cabaretiers, ce sont bien les chrétiens en corps qui ont occupé le *locus publicus* dont ils réclament la possession. Quel est donc le particulier qui aurait pu en être le propriétaire individuel, s'agissant d'un *locus publicus*?

Il faut vraiment accepter les choses telles que les textes et tous les documents nous les présentent. On ne nous parle que de propriété collective de la communauté, que de chrétiens qui possèdent en corps, que de lieux de culte appartenant aux Eglises. C'est cette propriété collective qu'il faut expliquer et justifier au point de vue juridique, en regard du caractère illicite de l'association à laquelle on l'attribue. N'esquivons pas le problème.

Et c'est vraiment ce caractère illicite de la communauté

---

(1) Voir ces textes précédemment cités et ajouter les articles indiqués plus haut du *Dictionnaire d'archéologie chrétienne* aux mots *Catacombes* et *Calliste*.

(2) « *Christiani non ea loca tantum ad quae convenire solebant sed etiam alia habuisse noscuntur ad jus corporis eorum, id est ecclesiarum, non hominum singulorum pertinentia* » (Lactance, *De mort. persec.* 48. Eusèbe, X, 5).

chrétienne qu'il faut analyser plus à fond. C'est trop vite dit d'aller tout de suite à l'extrême, comme le fait Neubecker, avec sa logique abstraite. Reprenons les choses d'un peu plus haut.

C'est un fait aujourd'hui reconnu que dès le second siècle il n'est plus question de la *lex Julia* dans nos textes (1). Elle subsiste à l'état de principe. Il y est fait de vagues allusions (2). Mais il était intervenu de si nombreux édits, constitutions impériales, rescrits et sénatus-consultes pour en régler l'application, que c'est à cette législation un peu touffue qu'on s'en réfère au Digeste, toutes les fois qu'il est question du droit d'association. Il y avait eu entre autres ce sénatus-consulte dont parle Marcien et qui avait défini sans doute les caractères sous lesquels un collège serait reconnu illicite (3).

Quoi qu'il en soit, il semble bien être résulté de cette législation un peu confuse que la liberté d'association avait considérablement gagné du terrain sous l'Empire, que les associations de fait, associations non autorisées par conséquent, s'étaient multipliées et existaient librement. En somme, elles n'encouraient de dissolution que lorsqu'elles se livraient à des agissements suspects, et de plus en plus l'expression de collège illicite se restreignait aux collèges poursuivant un but illicite. Et encore les conceptions s'étaient bien modifiées depuis Trajan sur le critérium destiné à caractériser le but illicite. On a pu se rendre compte par certaines inscriptions de Pompéi de la propagande électorale que faisaient à ciel ouvert toutes les petites corporations d'artisans (4). Ce sont surtout les corporations industrielles qui profitèrent de cette tolérance administrative. Tout porte à croire que vers le milieu de l'Empire elles purent se former librement, sauf la menace de dissolution au cas d'agissements illicites.

---

(1) Cf. Waltzing, *loc. cit.*, V, p. 122, 140, 153 et suiv.

(2) Voir surtout le passage de Gaius tire de son *Edictum provinciale* et inséré au Digeste (III, 4 fr. 1 pr.).

(3) D. 1 § 1 (47, 22) : « ..... *dum tamen per hoc non fiat contra senatus consultum, quo illicita collegia arcentur* ».

(4) Voir à ce sujet surtout Waltzing, I, p. 169.

Mais la même tolérance profita aux associations religieuses. Nous avons l'exemple de prohibitions renouvelées portées contre les Juifs et autres sectes religieuses sous les premiers empereurs (1). Après Néron, les communautés privées vivent en paix; on ne sévit contre elles qu'au cas de troubles qui leur soient imputables. Et il en est de même de la plupart des associations religieuses des cultes païens.

Tel est l'état de fait dont il faut se souvenir pour se rendre compte de la situation juridique des communautés chrétiennes. On peut dire que le droit commun en matière d'associations est celui des associations de fait, se fondant librement, mais à leurs risques et périls, c'est-à-dire toujours susceptibles de dissolution administrative dès qu'elles deviennent factieuses.

Ce droit commun fut-il appliqué aux chrétiens ? En droit pur, certainement non. Tout le discours apologétique de Tertullien le prouve assez. Mais ce droit commun était fondé, qu'on le remarque bien, sur une jurisprudence, plutôt que sur des lois précises. Il pouvait y avoir des lois spéciales prévoyant le délit individuel de christianisme, c'est un point que j'ai considéré comme acquis, il n'y en avait pas qui eussent prévu le délit collectif : ce dernier ne pouvait résulter que d'un raisonnement juridique, donc d'une jurisprudence administrative, faisant application des lois sur le délit individuel au fait du délit collectif. Ainsi donc, de lois précises prohibant les communautés chrétiennes, il n'y en avait certainement pas à l'époque de Tertullien ; car il n'en cite aucune. Et il proteste précisément contre l'application abusive que l'on fait de la loi. Il ne cite pas de loi particulière dont il demande l'abrogation. Et ce n'est pas, comme on l'a dit, de *lege ferenda* (2) qu'il plaide. Mais il proteste contre l'application que l'on fait de la loi aux chrétiens. Il proteste contre une jurisprudence, jurisprudence

(1) Voir également un texte d'Ulpien, qui nous montre avec quelle rigueur on interdisait au début de l'Empire même les réunions religieuses, lorsqu'elles n'étaient pas autorisées : D. 2 (47, 11) « *Sed prætextu religionis vel sub specie solvendi voti cœtus illicitos nec a veteranis temptari oportet* ».

(2) Neubecker, *loc. cit.*, p. 82.

administrative sans doute, mais jurisprudence au sens propre du mot. Il s'agissait de définir à l'égard des chrétiens la notion d'ordre public et le critérium du collège illicite.

Que la logique des juristes l'ait défini initialement au sens indiqué par Neubecker, ce n'est pas douteux. Si le fait seul d'être chrétien est un délit, une association de chrétiens en est un autre.

Mais rien n'est plus variable que cette notion d'ordre public, et que la conception du but illicite en matière d'associations. En tout cas, une jurisprudence qui n'est qu'une jurisprudence constitue un droit toujours révisable, un droit qui se forme, et non un droit définitivement formé. Et c'est contre cette logique juridique dans son application aux communautés chrétiennes que réclame Tertullien. Un collège illicite, dans la terminologie de l'époque, c'est une *factio* ; or toute sa démonstration consiste à démontrer que les communautés chrétiennes n'ont rien d'une *factio,* que c'est aux *curiæ* qu'on devrait les assimiler plutôt. Bref, il demande pour les chrétiens le bénéfice du droit commun.

Or pendant les longues périodes de tolérance, lorsque les gouverneurs et préfets laissaient les chrétiens en repos et n'inquiétaient pas leurs réunions, n'était-on pas autorisé à dire qu'ils se faisaient de l'ordre public une conception qui se modifiait et tendait à la création d'une jurisprudence nouvelle ? Que l'on lise la longue description donnée par Eusèbe de l'état de l'Eglise à la veille de la grande persécution de Dioclétien, et l'on verra que les chrétiens, bien loin de s'enfouir dans leurs catacombes, exerçaient leur culte à ciel ouvert ; les églises sortaient de terre si l'on peut dire ; les foules emplissaient les édifices sacrés : Πῶς δ' ἄν τις διαγράψειε τὰς μυριάνδρους ἐκείνας ἐπισυναγωγὰς καὶ τὰ πλήθη τῶν κατὰ πᾶσαν πόλιν ἀθροισμάτων τάς τε ἐπισήμους ἐν τοῖς προσευκτηρίοις συνδρομάς ; Ὧν δὴ ἕνεκα μηδαμῶς ἔτι τοῖς πάλαι οἰκοδομήμασιν ἀρκούμενοι, εὐρείας εἰς πλάτος ἀνὰ πάσας τὰς πόλεις ἐκ θεμελίων ἀνίστων ἐκκλησίας · Ταῦτα δὲ τοῖς χρόνοις προϊόντα ὁσημέραι τε εἰς αὔξην καὶ μέγεθος ἐπιδιδόντα οὐδείς ἀνεῖργεν φθόνος, οὐδέ τις δαίμων πονηρὸς οἷός τε ἦν βασκαίνειν οὐδ' ἀνθρώπων ἐπιβουλαῖς κωλύειν . εἰς ὅσον ἡ θεία καὶ οὐράνιος χεὶρ ἔσκεπέν τε καὶ ἐφρούρει, οἷα δὴ ἄξιον ὄντα, τὸν ἑαυτῆς λαόν (1).

(1) Eusèbe, *Hist. ecc.* VIII, 1. On trouvera tout ce passage reproduit dans l'*Enchiridion fontium Historiæ ecclesiasticae antiquæ* de Conradus Kirch, p. 264. Et dans l'édition *Emile Grapin*, t. II, p. 424. Je donne cette fois encore la

A qui donc fera-t-on croire que toute cette vie extérieure était une vie extra-légale? Lorsqu'on va contre la loi, on se cache. Lorsqu'on s'étale au dehors, c'est qu'on croit être dans le droit ou que l'on veut forcer la loi, ce qui revient au même. Lorsqu'on obtient de la jurisprudence de consacrer son droit, on est dans le droit, non certes le droit idéal, mais celui qui constitue le droit positif à un moment donné. Et très certainement c'est cet état de droit auquel les chétiens aspiraient, et qu'ils finissaient par conquérir aux époques d'accalmie (1).

---

traduction du texte par Valois : « *Jam vero quis innumerabilem hominum cotidie ad fidem Christi confugientium turbam, quis innumera ecclesiarum in singulis urbibus, quis illustres populorum concursus in ædibus sacris, cumulate possit describere? Quo facto est ut, priscis ædibus jam non contenti, in singulis urbibus spatiosas ab ipsis fundamentis exstruerent ecclesias. Atque haec progressu temporis increscentia, et cotidie in majus ac melius proficientia, nec livor ullus atterere, nec malignitas dæmonis fascinare, nec hominum insidiæ prohibere unquam potuerunt, quamdiu omnipotentis Dei dextera populum suum, utpote tali dignum præsidio, texit atque custodivit* ».

(1) Ce que je dis là se trouverait absolument vérifié, si l'on devait tenir pour authentique le rescrit d'Hadrien à Minucius Fundanus, dont j'ai cité la première partie. Voici, en effet, comment il se termine : Εἴ τις οὖν κατηγορεῖ καὶ δείκνυσίν τι παρὰ τοὺς νόμους πράττοντας, οὕτως ὅριζε κατὰ τὴν δύναμιν τοῦ ἁμαρτήματος. J'en donne également la traduction en latin d'après Valois : « *Quod si quis eos detulerit, probaveritque contra leges quidquam agere, tu pro gravitate delicti statue* ». La version de Rufin ne diffère de celle qui précède que pour la forme. Si donc le texte était authentique, il faudrait y voir, à un jour donné — mais c'est le cas de toutes ces jurisprudences flottantes, de n'exister souvent que pour un jour — le triomphe même de la thèse que Tertullien devait plaider dans son *Apologeticus*, celle que l'on retrouverait déjà chez saint Justin et Meliton, et que reproduiront tous les apologistes qui suivront, et qui eût consisté à n'incriminer les chrétiens que pour les délits de droit commun dont ils se seraient éventuellement rendus coupables, sans leur imputer désormais la profession de leur foi religieuse, sauf à leur faire une large application du crime de lèse-majesté. Ce serait le contraire de la réponse faite à Pline par Trajan; il eût fallu rechercher les *flagitia nomini cohærentia*, au lieu de s'en tenir au seul *nomen*. Ce serait la thèse du droit commun. Elle n'aurait donc pas été étrangère à la jurisprudence impériale.

Mais ce renversement de tout le système antérieur, à commencer par celui de Trajan, a paru si invraisemblable, surtout de la part d'Hadrien, que c'est ce passage, plus que tout le reste, qui a fait douter de l'authenticité du texte. Ce rescrit semblerait, en effet, avoir été imaginé précisément afin de faire triompher la thèse des apologistes chrétiens, celle des chrétiens soumis au droit commun, en l'appuyant sur l'autorité d'un empereur tel qu'Hadrien.

Aussi les partisans de l'authenticité, tel que Callewaert, *loc. cit.*, p. p. 170 et suiv., essaient de démontrer que, malgré l'apparence des termes, il n'y

D'ailleurs, c'est un fait à constater, si paradoxal qu'il puisse paraître, que la tolérance se manifeste beaucoup plus vite et bien plus facilement, en certains cas, pour le délit collectif que pour le délit individuel, en ce sens que la thèse

---

aurait rien eu de changé : Hadrien réserve, en effet, à l'encontre des chrétiens, ce que nous appellerions l'application des lois existantes : τι παρὰ τοὺς νόμους πράττοντας. On voit comme l'histoire ne fait jamais que se recommencer. Et, parmi ces lois existantes, se trouverait celle qui les condamne comme tels, sur leur simple nom, *propter solum nomen*. Cependant, s'il en était ainsi, il eût été bien inutile, de la part de l'empereur, de prescrire à son gouverneur d'examiner quels crimes les chrétiens poursuivis devant lui auraient pu commettre contre les lois, puisque leur premier crime eût été d'être chrétiens. Cela dispensait de tout le reste et de tout autre examen.

Si l'on veut, à tout prix, s'en tenir à la thèse de l'authenticité, il faut reconnaître qu'il y avait là tout de même, sur le terrain des principes purs, un changement de doctrine, et c'est ce qui serait intéressant au point de vue de la thèse que j'expose, bien qu'en fait, et dans la pratique, les résultats eussent été les mêmes.

Je rappelle, en effet, l'hypothèse que j'ai émise, et qui me paraît très vraisemblable, que les premiers édits de persécution, condamnant les chrétiens comme tels, *propter solum nomen*, avaient dû indiquer, tout au moins, les fondements de cette incrimination nouvelle. Ils devaient indiquer les crimes de droit commun qu'impliquait le seul fait de la profession de christianisme, et, avant tout, le crime de lèse-majesté. Or il était commis du seul fait, de la part des chrétiens, de leur refus de sacrifier aux dieux. Donc leur faire application comme tels des lois existantes, cela revenait en fait à les condamner par cela seul qu'ils s'avouaient chrétiens, et que, comme preuve de leur profession de foi, ils refusaient l'encens aux divinités de l'Empire. On pouvait donc dire, à s'en tenir aux résultats, qu'on les condamnait *propter nomen solum*. Il y avait cependant une nuance : c'est que, si on exigeait la constatation d'un délit contre les lois, et entre autres le crime de lèse-majesté, tel qu'il était ainsi défini à l'égard des chrétiens, encore fallait-il que la preuve de ce crime fût établie par un refus public de sacrifier aux dieux. Cela écartait, non seulement les poursuites en masse et les condamnations sans enquête ni jugement, mais également les condamnations sur le seul aveu de christianisme, s'il n'a pas été suivi d'un refus de sacrifier. En réalité, on voulait laisser place au repentir, on voulait encourager les rétractations ; mais à cela non plus il n'y avait rien de nouveau. Le rescrit de Trajan en faisait autant. Il ne faudrait donc pas prendre à la lettre la condamnation *propter nomen solum*. Même sous Trajan cela ne signifiait pas que l'on dût condamner pour avoir été chrétien, si on rétractait, mais que l'on devait condamner si l'on persévérait dans la profession de christianisme par le refus de sacrifier. C'est ce que démontrent tous les actes des martyrs. De sorte qu'en fait la condamnation *propter nomen solum* revient à une condamnation pour lèse-majesté, avec cette aggravation que l'on a donné une définition et une extension spéciale du crime de lèse-majesté relativement aux chrétiens, mais aussi sous cette réserve que ce crime de lèse-majesté devait être constaté et, en quelque sorte, commis sous les yeux du juge. A ce point

du droit commun, celle par laquelle se traduisent toutes les revendications des opprimés, devient beaucoup plus aisément applicable aux associations, dès qu'elles se présentent avec une apparence licite, qu'aux faits individuels,

---

de vue on pouvait dire que c'était bien, en droit, les *flagitia nomini cohærentia* qui étaient punis, bien qu'en fait cela revenait pratiquement, et pour le vulgaire, à une condamnation *propter solum nomen*.

Ainsi expliqué, le rescrit d'Hadrien n'a plus rien d'invraisemblable ; et le passage qui a paru si suspect n'a plus rien, s'il n'y avait que lui, qui pût faire douter de son authenticité. C'est la jurisprudence de Trajan qui est confirmée dans ses résultats. Mais au point de vue des principes, elle tend tout de même, en doctrine si l'on veut, à se rattacher à la thèse du droit commun. Elle y tend très nettement ; et l'on comprend tout le parti que les apologistes devaient pouvoir en tirer.

Pris à ce point de vue, et sous le rapport de la thèse, le rescrit d'Hadrien confirmerait d'une façon éclatante toutes les idées que j'émettais. Tout en concordant admirablement avec ce que l'on sait de la politique impériale, ce qui rend son authenticité très vraisemblable, il contient en germe la thèse de justice et d'équité dont se réclamaient les apologistes chrétiens ; et il n'y a rien, dans le caractère d'Hadrien, qui puisse laisser croire que cette thèse de justice et d'équité, il ne l'ait pas admise, du moment qu'elle assurait tout autant la défense de la religion d'Etat et ne donnait aux chrétiens, sauf certaines garanties de procédure, aucune liberté de plus.

J'aurais cependant quelques scrupules, tellement la controverse sur l'authenticité du texte est vive, à faire trop grand état de ce document. D'ailleurs, même s'il eût été forgé après coup, il faudrait bien croire que c'eût été bien peu de temps après le règne d'Hadrien, puisque Méliton fait une allusion certaine à ce rescrit (Callewaert, *loc. cit.*, p. 188). Ceci se passait sous le règne de Marc-Aurèle. Ce serait donc la preuve que, tout au moins sous les Antonins, on ne voyait aucune difficulté à attribuer à Hadrien un édit favorable à la thèse du droit commun. Or il ne semble pas qu'on eût protesté. Peu à peu les esprits, lorsque les préoccupations de justice et d'équité, sous l'empire du stoïcisme, paraissaient devoir l'emporter, s'habituaient, au moins de la part des gens éclairés, à accepter la thèse des apologistes. C'est cette tendance qu'il importait de signaler.

Mais ne peut-on pas croire qu'à la veille de la grande persécution de Dèce, cette tendance avait fini par se faire accepter en haut lieu ? Tout dépend, à ce point de vue, du sens qu'il faut attribuer au passage de Lampride, nous disant d'Alexandre Sévère qu'il toléra la profession de christianisme : « *Judæis privilegia reservavit, Christianos esse passus est* » (Lampride, Alex. Sev. 22, dans Kirch, *loc. cit.*, p. 22 ; cf. Neumann, *loc. cit.*, p. 208). Cela ne veut pas dire seulement qu'il n'ordonna pas de persécution véritable. Il semble bien que ce soit, au contraire, la réponse, si l'on peut dire, au mot d'Ælius Spartianus sur Septime Sévère (*Vita Severi*, 17, Kirch, p. 287) : « *Judæos fieri sub gravi pœna vetuit. Idem etiam de Christianis sanxit* ». C'étaient les conversions qui étaient ainsi textuellement condamnées. Ce sont ces mêmes conversions qu'Alexandre Sévère semble avoir tolérées. Mais il y a plus : c'est le fait d'être chrétien qu'il accepte en soi, sous réserve bien entendu du

lorsque ceux-ci tombent sous une incrimination avouée. Admettons, par exemple, que les chrétiens, encore à la veille de la grande persécution de Dèce, eussent été punissables comme tels, *propter nomen solum* — et ceci même est très contestable, au moins en un certain sens (1) ; — mais, même si on l'admet, on comprend très bien que l'esprit de tolérance qui régnait alors se fût ramené à faire le raisonnement suivant : Que l'on poursuive les chrétiens individuellement, c'est possible, sous la condition bien entendu que

---

respect des lois. Faudrait-il donc croire que l'on se serait fait alors une conception moins rigoureuse du crime de lèse-majesté, et que l'on en eût admis une définition compatible avec la pratique du christianisme? Ce serait bien invraisemblable, même de la part d'Alexandre Sévère. La vérité est que la thèse du droit commun s'affirme de plus en plus sur le terrain des principes, et qu'elle reçut de la part d'Alexandre Sévère une confirmation expresse, alors que, d'autre part, les poursuites pour crime de lèse-majesté deviennent de plus en plus rares par suite d'une longue tolérance. Mais quelques années encore, et elles vont sortir de l'oubli où elles semblent laissées. Nous sommes à la veille de la première grande persécution générale, celle de Dèce.

Et, d'ailleurs, tous les édits de persécution laissent parfaitement entendre que ce n'est plus le nom seulement qu'on punit comme un crime qui serait déjà consommé par lui-même, mais le refus de sacrifier aux dieux : on somme les chrétiens d'abjurer. Le crime consiste dans le refus d'adorer les divinités de l'Empire.

Très caractéristiques surtout à ce point de vue sont les actes qui nous restent de la persécution de Valérien. Nous n'avons pas les édits de persécution. Mais nous avons des actes de martyrs, principalement de saint Cyprien, qui sont des plus significatifs. On en trouvera les résumés dans Aubé (*L'Eglise et l'Etat dans la seconde moitié du III^e^ siècle*, p. 340 suiv.). On ne leur demande même plus d'abdiquer le christianisme, mais de cumuler, de consentir, tout en servant leur Dieu, à reconnaître également les dieux de l'Empire. C'est la confirmation du mot de Lampride relatif à Alexandre Sévère : « *Christianos esse passus est* ». Bien plus caractéristique encore est ce mot du préfet Emilianus, cité par Aubé (*loc. cit.*, p. 342-343), disant aux chrétiens qui refusent le culte qu'on leur demande envers les dieux : « Vous serez envoyés dans un coin de la Libye, dans le bourg de Képhro, lieu que j'ai choisi, selon l'ordre des empereurs. Là, il n'est permis, ni à vous ni à vos amis, de tenir des assemblées, ni d'aller à ce que vous appelez vos cimetières ». C'est donc que, de droit commun, on reconnaissait aux chrétiens l'usage de leurs cimetières, pourvu qu'ils ne s'en servent pas pour y tenir des conciliabules secrets, susceptibles de passer aux yeux du gouvernement pour des complots politiques. Sous cette réserve la possession des cimetières et lieux de culte est juridiquement reconnue aux chrétiens. Elle l'est déjà avant que s'ouvre la persécution. Une fois les persécutions closes, elle le sera, définitivement cette fois, à titre de propriété corporative.

(1) Voir la note précédente.

l'on applique en leur faveur les garanties de procédure que l'on a vues se préciser de plus en plus ; mais, tant qu'il ne sont pas poursuivis comme tels et convaincus à titre individuel du délit de christianisme, — et précisément ils ne pouvaient en être convaincus, comme on l'a vu, que par une poursuite aboutissant à un refus public de sacrifier aux dieux, — jusque-là ils doivent être traités selon le droit commun ; donc leurs associations constituent des associations en fait assimilables à toutes les autres et condamnables seulement lorsqu'elles dégénèrent en factions illicites, ou que, par un édit de proscription générale, les chrétiens sont soustraits au droit commun pour être poursuivis en masse. Ce sera le cas des grandes persécutions de Dèce et de Dioclétien.

Cela veut-il dire qu'il n'y eût rien de changé après les édits de tolérance que nous connaissons et qui consacrèrent la propriété ecclésiastique? Cela veut-il dire qu'il n'y eût pas tout de même une révolution lente qui s'opérait dans la lutte et qui triompha avec la victoire, comme dit Neubecker? On se tromperait grandement à ne pas le reconnaître, et c'était, en effet, une révolution juridique capitale.

Tant que les communautés restèrent à l'état d'associations de fait jouissant de ce droit précaire que nous venons de décrire, elles restaient constituées à la façon des associations de fait dont il a déjà été question, qui formaient une simple collectivité, et non un *corpus* véritable, une *universitas juris*, une personne juridique. Leur propriété était déjà une propriété collective, sans être unifiée et concentrée à la façon du patrimoine d'une personne juridique. Tout cela est très visible dans tous les textes de l'époque du second siècle et du commencement du troisième. C'est l'idée de collectivité, de communauté, qui l'emporte : communauté de frères, *ecclesia fratrum*, comme il est dit dans cette inscription funéraire dont il a déjà été plusieurs fois question. C'est ce qui ressort entre autres de toutes les descriptions que nous présente Tertullien de ces communautés fraternelles, chez lesquelles tout est en commun, sauf les épouses, dit-il : « *Itaque qui animo animaque miscemur, nihil de rei commu-*

nicatione dubitamus. Omnia indiscreta sunt apud nos, præter uxores » (1).

Et cependant déjà apparaissent dans le même passage certaines expressions significatives : « *Corpus sumus de conscientia religionis et disciplinæ unitate et spei foedere. — Coimus in cœtum et congregationem, ut ad Deum, quasi manu facta, precationibus ambiamus* ». L'idée de corps, de corporation, s'introduit déjà (2) : sans doute, Tertullien le prend au sens spirituel, puisque ce sont des liens tout spirituels qui en forment la structure.

Mais l'image n'en est pas moins juridique. Et, de fait, plus s'affermissait la hiérarchie de cette *unitas disciplinæ* dont parle Tertullien, plus la construction organique et par conséquent juridique de la communauté allait croissant (3). L'unité organique se faisait à l'intérieur, et, peu à peu, elle apparaissait au dehors. Déjà, dans cette page d'Eusèbe que je citais plus haut, immédiatement avant le passage que j'ai reproduit, on met bien en relief les « καθ' ἑκάστην Ἐκκλησίαν ἄρχοντες », ceux qui sont à la tête de chaque église. Il n'est pas douteux que la communauté s'oriente dans le sens de l'unité organique (4). En fait, elle est devenue une corporation, un *corpus*, organiquement constitué et unifié. Et, du moment que l'on tendait à reconnaître son existence juridique, on devait arriver logiquement à lui reconnaître son existence corporative (5). C'est ce qui arriva par suite des édits de

(1) *Apol.*, 39.

(2) Voir dans ce sens P. Batiffol, *L'Eglise naissante*, p. 44, et aussi le passage d'Origène, cité en note, p. 44, note 2.

(3) Cf. A. Harnack, *loc. cit.*, p. 150, et déjà également Ramsay, *The church in the Roman Empire*, p. 361.

(4) Cf. également à ce point de vue Bouché-Leclercq, *loc. cit.*, p. 311.

(5) Il semble bien que l'on puisse induire cette large tolérance, presque déjà constituée à l'état de droit, et cela dès l'époque même de Tertullien, d'un passage assez ironique du célèbre apologiste, devenu hérétique, rigoriste, et accusant les catholiques de se soumettre à un édit du « pape » sur le jeûne alors qu'ils reprochaient aux Montanistes leurs règlements de vie commune rigoristes et ascétiques : « *Itaque si et ex hominis edicto et in unum omnes* ταπεινοφρόνησιν *agitatis, quomodo in nobis ipsam quoque unitatem jejunationum et xerophagiarum et stationum denotatis ?* » (*De jejunio*, 13). Et il ajoute avec l'ironie qui lui était habituelle « *nisi forte in senatus consulta et in principum mandata coitionibus opposita delinquimus* ». C'est comme s'il disait : Est-ce

restitution qui ont été cités antérieurement. C'est au *corpus christianorum*, par opposition aux individus, même pris collectivement, que l'on restitue les propriétés confisquées. C'est la propriété corporative qui se trouve ainsi légalement reconnue, en attendant qu'elle s'oriente vers le type nouveau qui sera vraiment celui de l'Eglise une fois libre de se développer suivant sa structure interne, celui de la fondation.

Cette dernière révolution n'est pas encore accomplie à l'époque où s'arrête cette étude. Mais une première étape vient d'être franchie. La communauté ecclésiastique vient d'être reconnue comme personne juridique, organisée et unifiée.

Dans toute cette longue évolution, poursuivie à travers des persécutions et des luttes héroïques, les chrétiens ne réclamèrent rien d'autre que le droit commun. Sans prendre aucun expédient extra-légal, ils vécurent sans se terrer ni se cacher, comme on l'avait cru pendant si longtemps, lors des premières découvertes des catacombes. Ils s'éloignèrent très vite du procédé de la propriété individuelle, sous forme précaire ou fiduciaire. C'était courir trop de risques. Ils ne cherchèrent plus à se dissimuler sous une forme corporative étrangère, celle des *collegia tenuiorum*. Elle n'eût trompé personne. Pour tant qu'à courir les risques inhérents à leur situation de proscrits, il valait mieux les courir à visage découvert, en protestant contre cet ostracisme qui les mettait hors la loi, et en demandant à rentrer dans le droit commun (1). Leur attitude, à la fois patiente et héroïque, leur valut d'être admis à ce bénéfice du droit commun, dès

---

que vous voudriez, par hasard, nous accuser, pour cela, de tomber sous le coup des lois sur l'interdiction des réunions ? Elles existaient donc ces lois, ce n'est pas douteux. Mais elles n'étaient plus appliquées. Voilà qui est non moins certain. En faire une menace aux Montanistes, ne serait-ce pas chose puérile et vaine ? C'est bien ce que semble sous-entendre le rude jouteur.

(1) Je ne résiste pas à la satisfaction de rappeler à ce propos cet admirable passage de Renan, dans *Les Apôtres* (p. 364) : « *L'Empire romain avait lié sa destinée à la loi sur les* coetus illiciti, *les* illicita collegia. *Les chrétiens et les barbares, accomplissant en ceci l'œuvre de la conscience humaine, ont brisé la loi : l'Empire, qui s'y était attaché, a sombré avec elle* ».

que les passions s'apaisaient et qu'on leur rendait justice. C'est la conclusion de toute cette étude. Elle est à l'honneur et de ceux à qui cette justice, au moins provisoire, était rendue, et de ceux qui la leur rendaient.

R. Saleilles,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris (1).

(1) Monsieur R. Saleilles a été enlevé à la science peu de temps après avoir remis aux *Mélanges P. F. Girard* l'article qu'on vient de lire : c'est le dernier qui soit sorti de sa plume. Le concours prêté à l'entreprise des *Mélanges* par ce grand esprit et ce noble cœur a été pour elle un encouragement précieux, et lui restera un titre d'honneur. Aussi tient-elle à s'associer aux sentiments de deuil qu'a provoqués unanimement cette irréparable perte, et à vouer au souvenir de son éminent collaborateur l'hommage attristé de sa reconnaissance et de ses regrets.

P. H.

La denominazione di « actio confessoria » in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù.

Sommario. — 1) I passi che contengono la locuzione « confessoria actio » : A) relativi all' *a° l. Aquiliae adversus confitentem*; B) relativi alla rivendicazione dell' usufrutto e delle servitu. Opinione dell' A. circa l'interpolazione di questa locuzione nei passi del gruppo B. 2) Dimostrazione=Significato di « a. c. » in questi passi e secondo gli interpreti bizantini. 3) Si esclude l'ipotesi che in questi passi potesse avere un senso diverso per i giuristi classici. 4) Consequenza : è inverosimile che i giuristi classici usassero la stessa locuzione in due significati opposti. 5) Si conferma l'inverosimiglianza coll' esame dei significati di *confiteri, confessus, confessio* nelle fonti giuridiche classiche e postclassiche, e degli stessi vocaboli, inoltre di *confessor* e *confessorius* nelle fonti letterarie. 6) Riprova tratta dall' esame del punto se si trovino nei testi genuini altri esempi dell' uso dello stesso appellativo applicato ad azioni, interdetti ecc. in significati opposti o totalmente disformi. 7) Argomento ulteriore tratto dal silenzio delle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano. 8) Riconferma dell' itp. tratta dall' esame dei singoli passi del gruppo B.

1. Come risulta dal Vocabularium iur. rom[ae] il vocabolo « confessorius » non si trova nelle fonti della giurisprudenza classica se non congiunto ad « actio », e di « confessoria actio » è fatta menzione in due gruppi di passi del Digesto.

A) Due passi si riferiscono all' actio l. Aquiliae :

Ulp. 18 ad ed. fr. 23 § 11 D. 9. 2. Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse et postea paratus sit ostendere

hominem vivum esse, Iulianus scribit cessare Aquiliam, quamvis confessus sit se occidisse : hoc enim solum remittere actori *confessoriam actionem*, ne necesse habeat docere eum occidisse : ceterum occisum esse hominem a quocumque oportet.

Ulp. ibid. fr. 25 § 1 D. eod. Si procurator aut tutor aut curator aut quivis alius confiteatur aut absentem (1) vulnerasse, *confessoria* in eos *utilis actio* danda est.

Il primo passo è parte del commento ulpianeo alle formole discendenti dal I capo della lex Aquilia e precisamente della formola in simplum, quae adversus confitentem datur (fr. 23 § 10 D. eod.). Ma anche il 2° passo doveva, a mio avviso, trovarsi nello stesso contesto, benchè « vulnerasse » ci richiami non al I°, ma al III° capo della l. Aquilia, dal quale derivavano del pari due azioni, l' una in simplum contro il confitens, l' altro in duplum contro l' infitians (2). Anche Paolo nel fr. 24 cit., per dimostrare in modo più evidente che malgrado la confessio il convenuto non risponde se il servo non fu ucciso, adduce il caso in cui si confessi contro la realtà il ferimento e poscia torna a parlare della f^a^. confessoria sulla base del I capo (fr. 26 D eod.). E poichè nella trattazione del III capo, non appare, per quel che può indursi dai fr.^i^ pervenutici di entrambi i giuristi, che essi ritornino a commentare la relativa f.^a^ confess.^a^, è probabile che essi esaurissero le loro osservazioni su questa nel commento del I capo. E per ciò che riguarda Ulpiano, è da notare che egli ne trattava sotto una rubrica che in due luoghi diversi della Collatio (II, 4, 1 ; XII, 7, 1) ci è data cosi « si fatebitur iniuria occisum esse in simplum ». Nella relativa intitolazione della Coll. segue a queste, secondo la lezione dei mss. pervenutici, nel primo passo « et cum diceret » (et cum dicere : ms. vindob.), nel secondo « et cum doceret » (et cum docere : ms. vercell.); inoltre in questo stesso passo il ms. vercell. omette « sub

(1) Aut pupillum aut adultum *ins.* Mommsen ; dominum aut pupillum aut adulescentem *ins.* Ferrini (ed. it. Digest. ad h. fr. 1).

(2) Cfr. Paul. 22 ad ed. fr. 24 D. eod. : sent. I, 19, 1 ; Gai. III, 216 ; L. 4 C. 3, 35.

titulo » e pone dopo « occisum esse » « Ulpianus » (1). Ma, mentre da un lato tale variante non può dipendere che da una corruttela di questo codice, come già dimostra il fatto che il nome del giurista si trova anche al principio della rubrica e che nell' altro passo i 3 codici concordano sia nel preporre « Ulpianus », sia nell' omissione di questo nome dopo « occisum esse », cosicchè è da scartare l' ipotesi che « in simplum » fosse invece l' inizio del commento alla relativa formola, dall' altro lato non pare probabile che la rubrica ulpianea potesse finire colla parola « in simplum ». E anche perciò poco persuade la congettura di Mommsen (p. 144 n. 2) che « et cum diceret » o « doceret » abbia lo stesso significato della locuzione, altrove usata, « ad locum » (2). Tutto quindi induce a credere che quelle parole siano una corruttela del testo penetrata in entrambi i luoghi degli attuali mss., forse già nell' archetipo comune (3); ma resta insoluto, e forse insolubile nello stato attuale delle fonti il problema (4), quali parole chiudessero la rubrica della Coll. e come dovesse suonare la rubrica ulp. a cui per certo non appartiene « et cum diceret ».

Quanto al primo punto, una soluzione che potrebbe sembrare abbastanza naturale, che, cioè, quelle parole derivassero da una falsa interpretazione della parole abbreviate « et cetera (5) dicit » per avventura in causa dell' abbreviazione di « cetera » e « dicit » e dello spostamento del segno di rubrica dopo il « dicit » (6), urta contro non lievi difficoltà paleo-

---

(1) Ed. Momms. p. 144 nn. 1, 2; p. 177 nn. 20, 21.

(2) La congettura non appaga nemmeno Lenel *Edict.*[2] p. 194 n. 4 (*L'édit*, I p. 227 n. 4), che pure osserva contro il suo primo tentativo di emendazione consistente nel far derivare quelle parole da un originario « e capite primo iudicium » (Zeitschr. Sav. Stift. 8 p. 195 segg.) che esso si fonda su ipotesi troppo complicate.

(3) Octavo seculo vix vetustior : Mommsen, p. 124.

(4) Lenel (Bruns. *Font.*[7] p. 219 n. 1) : equidem de hac corruptela tollenda iam desperaverim.

(5) Che sostituirebbero quelle ulpianee dopo « in simplum », omesse per amore di brevità dall' autore della Coll. (cfr. « et reliqua » in Coll. VII, 3, 1; VIII, 3, 1).

(6) L'ipotesi della mala intelligenza dell' abbreviazione di « rubrica » non mi parrebbe però necessaria. P. es., nel fragm. de f. Fab. I, l. 4 « huic dic »,

grafiche, poichè la forma abbreviata di « et cetera » è quasi sconosciuta alle antiche carte e tanto più ai codici (1). Ma anche meno probabile è la congettura che al posto delle parole attuali, nel testo originario della Coll. si trovasse in forma abbreviata « iudicio condemnabitur » o « in eum iudicium dabo » o « dabitur » (2), parole che l' autore della Coll. si sarebbe astenuto dall' abbreviare.

Quanto alla rubrica ulpianea, è da rilevare anzitutto che nel testo attuale manca il soggetto e l'indicazione del l'ucciso e difficilmente, mi pare, queste ellissi potevano essere proprie di un primo sottotitolo dell' editto, nel quale poi difficilmente poteva mancare l' accenno alla circostanza che si trattava di una confessio in iure (v. gr. : si is cum quo agitur cet.) e non poteva invece essere espresso in modo impersonale il fatto dell' uccisione, mentre soltanto per interpretazione giurisprudenziale della l. Aquilia il confi-

---

è dubbio se « dic » sia piuttosto dovuto a una lacuna, o ad un' abbreviazione, giacchè il breve spazio che segue a mala pena conterrebbe « it ». « Dicit » legge Lenel *Paling.* II c. 1231; Bull. ist. d. rom., 2 p. 143; mentre altri edd. leggono « dicebat » [Girard]; « dicendum » [Krüger]; « dicitur » [Mommsen, Alibrandi]. Potrebbe l'autore della Coll. o lo scrittore dell' archetipo aver scritto « dic. » e « doc. », e questa abbreviazione essere stata sciolta senz' altro, successivamente, in « diceret » e, rispettivamente, « doceret ».

(1) Anche la forma di abbreviazione ζc̄, segnalata dal Walter *Dictionarium abbreviaturarum*, al 12° sec. per « et cetera », molto difficilmente poteva essere risolta per errore in « et cum », poichè il *c* di « cetera » ha in testa il tratto ondulato, non la retta, propria dell' abbreviazione « um » o « om ». E sulle abbreviazioni dell' archet. della Coll., donde derivano i 3 mss., v. Mommsen, p. 124. Noto per altro che nel documento del pap. Bouriant, parte greco, parte latino, che è una copia degli *acta* (ὑπομνηματισμοί) di Fl. Gennadius destinata ad uno degli interessati, per 2 volte (col. I, dopo Φαῶφι θ'; col. II dopo μέρος τέταρτον) si trova l' abbreviazione « ecc » per « et caetera ». Il documento è posteriore al 350 p. C. (V. su di esso Collinet-Jouguet, Arch. f. Papyrusf. 1 p. 298/299; Mitteis u. Wilcken *Grundzüge u. Chrest. d. Papyrusurk.* II, 2 p. 116/117). Ora, nel nostro caso, se l' archetipo avesse recato in entrambi i luoghi un' abbreviazione analoga « et c », non sarebbe impossibile che questa fosse stata per errore risolta in « et cum », tanto più se l' abbreviazione di « cetera » non era consueta.

(2) Contro la congettura, « i. e. i. dabo » (messa innanzi da Karlowa *RRGesch.* II, p. 803-804), a parte il carattere pretorio che rivestirebbe secondo tale congettura l'azione promessa da una editto (malgrado le contrarie testimonianze dei fr^a. 2 pr. 23 § 10 D. 9, 2) v. anche le osservazioni di Arangio-Ruiz *Le formule con demonstratio e la loro origine*, 1912, p. 46, n. 1.

tente è tenuto anche se l'uccisione fu compiuta da altri (fr. 4 D. 42, 2; fr. 23 § 11, fr. 25 pr. D. 9, 2; fr. 20 D. 11, 1) (1). Perciò, se tale era veramente la rubrica ulp., essa non poteva essere se non una riproduzione alquanto libera delle parole dell' editto, che doveva seguir tosto al fr. 23 § 10 h. t. a cui è strettamente collegata. Quanto all' ultima parte, che non si troncava certo con « in simplum », essa poteva tanto essere una proposizione per sè stante (2), quanto costituire l'apodosi della proposizione precedente, ma si nell' una che nell' altra ipotesi sarebbe opera vana tentare congetture per colmare la lacuna : lacuna tanto più grave, in quanto quelle parole avrebbero potuto fornire un dato prezioso per la ricostruzione della f. in simplum.

Per quanto riguarda l'aggettivo « confessoria » che troviamo attribuito a questa formola, che è quella che qui particolarmente interessa, secondo una congettura di Lenel (3) nel rescritto di Severo riportato in Coll. XII, 7, 6, dopo le parole « si litis aestimatio permittitur » si dovrebbe leggere « iudicium confessorium edere potes », mentre Mommsen preferisce leggere « iudicium consistere potest » (4), pur ritenendo anche possibile leggere « iudicem tum adire potes » (5); Huschke propone « iudicium cum ea (*sc.* l. aestimatione) edere potes, Blume « iudicium accomodare potes » (6). Anche quì ci troviamo innanzi ad un vero enigma. Circa il testo della Coll. e le varie lezioni proposte anzitutto può osservarsi che « iudicium adire » sarebbe un *unicum* nei passi a noi noti della giurisprudenza classica (7),

---

(1) Prescindiamo dalla questione, che non è qui il caso di affrontare, se nella confessio richiesta per il iud. in simplum dovesse essere espresso che l' uccisione avvenne iniuria.

(2) Così Lenel in *Pal.* II c. 526 e in Bruns. *Font.*[7] I, p. 219.

(3) *Paling.* II c. 527 n. 6.

(4) Lo seguono Girard *Textes*, h. l. p. 567 : Baviera *Font. iur. rom. antei.* P. alt. h. l. p. 496.

(5) Il testo è corrotto : i codd. berl. e vercell. hanno « iudicium cum adire potest », quello vienn. « iudicium kap. c ii idem adhire potest ».

(6) Huschke *Iur. anteiust.*[5] p. 586 nn. 1, 2.

(7) V. I. R. v. *adeo, adire*. V. invece « adire iudicia » per il periodo postclassico, p. es., in L. 8 C. 1, 9 (Grat.) (= L. 10 C. Th. 2, 11); L. 1 C. 12, 61 (Constantin.) (= L. 1 C. Th. 8, 10); Seckel-Heumann, v. *iudicium* p. 297.

e del pari « iudicem adire » non si trova nè nei passi della giurisprudenza classica, nè nei rescritti da essi tramandatici (1), bensì trovasi parola soltanto di « adire » il magistrato giurisdicente, il praetor, i consules, i praesides, i praefecti etc.; infatti quanto ai tre soli passi dove si trova tale locuzione (« adire iudicem competentem »), cioè ai fr.ª 5 § 7 D. 25. 3; 22 § 8 D. 24, 3; 5 § 5 D. 49, 5, il primo è notoriamente per intiero tribonianeo, nel secondo il rescritto, come Ulpiano referente, parlava di « consules » (cfr. fr. 50 D. 35, 1), il terzo è certo interpolato e quanto alle parole « constituta appellatoria tempora » e quanto alle altre « vel competentem iudicem vel » (2). Ed è, a mio avviso, molto probabile che lo stesso debba dirsi per i rescritti dello

---

(1) Cfr. Iul. fr. 8 e Call. fr. 9 D. 1, 18; fr. 6 D. 2, 12; Lex Malac. c. 65.

(2) V. Gradenwitz, Z. Sav. Stift. 7 p. 56 seg., 58 segg. — Si fa eccezione, naturalmente, nei testi classici per l'arbiter ex compromisso (fr. 21 § 8 D. 4, 8). Cfr. fr. 14 § 1 D. 11, 7 : « iudice » per « praetore » [cfr. fr. 11 D. 41, 2]; fr. 1 D. 5, 1 : « iudex » itp.; fr. 4 § 1 D. 11, 1 : « iudices » itp.; fr. 122 § 5 D. 45, 1 : « comp. iud. » per « praef. urbi »; fr. 20 D. 46, 7; fr. 23 § 2 D. 4, 2; fr. 4 pr. D. 14, 5. — Dell' uso classico è invece « apud iudicem agere » o « a. i. causam a. »: basti ricordare all' uopo Gai IV, 95, 109 (cfr. § 1 I. 4, 6, e quanto all' uso in Cicerone v. Kübler, Z. S. Stift. 16 p. 175); non può quindi trarsi indizio d' interpolazione dalla frase « arbitratu iudicis apud quem ex hoc edicto agitur » in Gai. fr. 10 § 1 D. 4, 2, o per un' analoga sostituzione di « iudex » a « praetor »; dall' editto, infatti, ha origine la formola della azione pretoria q. m. causa, il iudicium in senso stretto, ed è appunto in base a quell' editto che si può svolgere la causa innanzi al iudex (Cfr. Cicero *in Verr.* II, 3, 65, 152; C.ª Biondi *Studi sulle az. arbitr.* [in corso di stampa] p. 53, il quale ritiene in tutto il titolo mutato « arbitrium » o « officium » praetoris » in « arb. » o « off. iudicis »); tuttavia non raramente nei passi della compilazione dove si trova « apud iudicem agere » ritengo che « iudex » sia sostituito al magistrato di giurisdizione ». [V. i passi in V. I. R. s. « apud », I. c. 474 ll. 16-22], p. es. l'itp. par certa in Ulp. fr. 14 pr. D. 49, 1 « et hodie — agere » [cfr. Scaev. fr. 20 D. 46, 7 cit.]. — « Adire iudicem » si trova nell' Ed. Constant. de accusationibus [2 volte] : Riccobono *Fontes* p. 340; in Diocl. (a. 293) gia abbiamo « iudex competens » (Consult. V, 7), in Diocl. L. 2 C. 3, 5 (a. 285) potrebbe far parte di un brano itp.; in Diocl. L. 5 C. 4, 23 (a. 294) « [apud] competentem iudicem » sarebbe genuino, come tutto il passo, per Solazzi *Errore e rappresent.* Riv. it. sc. giur. 50 p. 250; itp. invece salvo l' « apud » per Albertario *L' a. q. institoria* p. 28; questi però fonda tale congettura solo su ragioni di sostanza, poichè crede che tale azione sia giustinianea. V. ancora Constant. in. Vat. fr. 32 (a. 312) « aditus competens iudex ». Anche « venire ad iudicem » in fr. 27 D. 39, 5 è giustinianeo; vi si parla d' interdetto : v. ora sul passo H. Krüger *Die praetor. Servitut* p. 28 seg.

stesso periodo non solo dove nel Codice giustinianeo è parola di « iudex competens », ma anche soltanto di « iudex » per indicare la funzione del magistrato o funzionario giurisdiscente, non quella del giudice giurato o anche del giudice delegato (1). D' altra parte è provata ancora al tempo dei Severi fino ad Alessandro la sopravvivenza della procedura ordinaria (2), e mi pare molto probabile che il caso fosse sottoposto quì all' ordinaria giurisdizione o almeno non ad un giudice delegato (3). Quindi ritengo doversi escludere entrambe le lezioni proposte : « iudicium » e « iudicem adire ». Dal punto di vista sostanziale sembrerebbe più delle altre raccomandabile la congettura del Lenel, poichè secondo le altre (a prescindere da quella di Huschke che si fonda, però, sopra inaccettabili vedute circa il tenore della formola) (4), il rescritto di Severo non sarebbe affatto un responso; egli avrebbe infatti risposto : se si ammette la l. aestimatio si darà il iudicium, mentre tale era appunto il quesito che doveva risolvere. Non è probabile d' altra parte che con quelle parole si voglia dire, che se vi fu o se proverai di avere avuto un danno, potrai efficacemente agire, o simili (cfr. L. 1 C. 3. 35), perchè sarebbe strana in un rescritto tale riserva di fronte a chi adduce che il suo campo fu devastato dal fuoco. Invece secondo la congettura leneliana quelle parole si dovrebbero intendere nel senso, che se il convenuto colla sua confessio permette che si passi a far determinare dal giudice la l. aestim° (5), il petente può valersi della f.ª confessoria. Ma anche questa congettura incontra, a mio avviso, non lievi difficoltà. Anzitutto in « iud. confessorium

(1) V. in conferma anche per il « iudex datus » in particolare fr. 8, 9 D. 1, 18. Cfr. fr. 81 D. 5, 1 ; fr. 21 § 1 D. 49, 1.

(2) V. Mitteis *Reichsrecht* p. 132 n. 4; Girard *Manuel*[5] p. 1072 n. 5.

(3) Mi sembra poi verosimile che Veturia Astilia, per colpa dei cui servi si trasmise l'incendio al fondo del petente il rescritto, fosse romana od italica (v. Prosopogr. i. R. III, sub *v*, nn. 358 segg.).

(4) C.ª la restituzione della formola proposta da Huschke (*Gaius* p. 112 n. 16) : Karlowa *Civilproz. z. z. d. L. A.* p. 199 n. 1; Lenel *Ed.*[2] p. 194 n. 9.

(5) Fr. 25 § 2 D. 9, 2 (itp. secondo Beseler *Beitr. z. Kr. d. röm. R. Q.* I p. 54); fr. 26 D. eod.

edere potes » l' « edere » non potrebbe riferirsi all' *editio* dell' editto de edendo, ma all' « edere » finale « in iure » corrispondente all' « accipere iudicium » (1). E nondimeno tutto l' andamento del passo, in particolare la frase « ad exemplum l. Aquiliae nox. iudicio actur[a] [us?] », dà a divedere che la lite non era ancora incoata (2), e tanto meno, pervenuta allo stadio dell' « edere et accipere iud. ». Ed anche ammesso questo, sarebbe alquanto singolare che se il petente avesse posto all' imperatore anche il quesito sull' ammissibilità del « iud. confessorium » non ne apparisse cenno nella prima parte del passo, ma soltanto nella seconda contenente la risposta, e cioè nella frase alquanto involuta « si litis aestim. permittitur », ed ancora, che l' imperatore per rispondere al primo e fondamentale quesito, se sarebbe nel caso ben fondata l'azione nossale « ad ex. l. Aqu. », avesse a rispondere in buona sostanza : se confessa, puoi far valere il « iudic. confessorium ». Perciò, non riterrei molto verisimile la congettura leneliana che in questo passo estraneo alla compilazione si abbia una nuova menzione dell' azione confessoria l. Aqu., per quanto d' altra parte anche la lezione « iudicium consistere » o « iud. cum ea consist. potest » (3) o, p. es., l' altra « iudicio eam convenire potes (4) » si allontanino troppo dai mss. e non sembrino molto plausibili anche per ragioni sostanziali. Tutto considerato, sembrerebbe preferibile la lezione « iudicium edere

(1) Del resto, per la prima « editio » si parla sempre di « edere formulam » (Gai. IV, 93, 141, 165; Paul. *Coll.* II, 6, 3). Sulla grave questione circa il preciso significato di edere e accipere iudicium nel secondo senso e dei suoi rapporti colla l.ª c.ª : Wlassak *Litiscont. i. Formularproz.* p. 53 sgg. [S. A.]; Lenel *Die Form d. l. c. i. Formularproz.*, Z. Sav. St. 15 p. 374 segg. e di nuovo *ibid.* 24 p. 329 segg.; Trampedach *ibid.* 18 p. 114 segg.; Bekker *ibid.* 21 p. 339 segg., 24 p. 344 segg., 27 p. 1 segg.; Holder *ibid.* 24 p. 197 segg.; Kübler *ibid.* 16 p. 178 segg.; Schlossmann *L. Contest.*; Buss *Die Form d. L. C. i. kl. röm. Rechte*; De Ruggiero, Bull. ist. dir. r. 19 p. 255 segg.; Duquesne *Translatio iudicii* p. 234 segg.

(2) Cfr. L. 3 C. 2, 1; iunge : L. 1 C. 3, 9, rescr. Sev. et Anton.

(3) Fr. 24 D. 12, 2; fr. 11 D. 5, 1; Carac. L. 3 C. 5, 54; cfr. Gai. IV, 103, 183.

(4) « Iudicio convenire » senza l'indicazione del nome del « iudicium » non è infrequente (V. I. R. I c. 1022 II. 48 segg. : Ulp. fr. 5 § 14 D. 3, 5; Paul. fr. 25 § 17 D. 10. 2; fr. 16 D. 20, 4; fr. 71 pr. D. 46, 1 : Mod. fr. 25 § 1 D. 16, 1 : fr. 20 D. 42, 1).

potes » che ha anche il vantaggio su altre diverse di serbare integra la parola « iudicium » trasmessa da tutti i mss. Nè in altri passi relativi alla legge Aquilia, nè in passi relativi alle altre azioni « quae infit. duplantur » si trova la menzione di a. confessoria o di « actio in simplum adversus confitentem ».

B) Accanto a questi passi troviamo designata col nome di confessoria la vindicatio usus fructus e la vindicatio di una servitù. Come tale è designata la vind°. usus fructus in un solo frammento, cioè, in Ulp. 17 ad ed. fr. 5 § 6 D. 7, 6 :

a) Sicut fructuario *in rem confessoriam* (1) agenti *rell.*

Per indicare la vind.° servitutis troviamo usata tale locuzione nei seguenti passi :

b) Ulp. 17 ad ed. fr. 2 pr. § 1 D. 8, 5. De servitutibus in rem actiones..... tam *confessoria*....., *confessoria* ei..... *Haec* autem *in rem actio confessoria* rell.

c) Ulp. ibid. fr. 2 § 3 D. eod. Pomponius dicit....., alibi enim de iure, id est in *confessoria actione*, alibi de facto....., quod et Julianus quadragensimo octavo digestorum scribit (2), *rell.*

d) Ulp. ibid. fr. 4 § 2 D. eod. In *confessoria actione*, *quae de servitute movetur*, fructus *rell.*

e) Ulp. ibid. fr. 4 § 5 D. eod... Pomponius libro eodem (3) scribit *confessoria actione* mihi utendum *rell.*

I passi adunque, ove si trova « confessoria actio » o « a. confessoria » in tal senso, passi che ho riportati integralmente al n° 8, appartengono tutti al l. 17 ad ed. di Ulpiano; ma tale locuzione è pure attribuita a Pomponio (v. *e*, *c*, forse anche *d*), e se si dovesse ritenere che la citazione di Giuliano è fatta ad verbum, dovremmo indurne che essa sarebbe usata anche da Giuliano (v. *c*.).

E confrontando coi passi ora ricordati quelli in cui si designa

---

(1) Così anche nella ed. 11-12 di Krüger, in Lenel *Pal.* II c. 516; nell' ed. it. dei Digesta, conforme al testo della Fiorentina. Nei codd. par. (sec. 11°) e lips. (sec. 12°-13°) per un emendazione posteriore (P.^{b} L.^{b}) si legge « confessoria » (V. Mommsen, ed. maior Dig. ad h. l.).

(2) Cfr. Lenel, *Iul.* 48 dig. nn. 660-661 [de it. actuque priv.].

(3) *Scil.* l.° 41 ad ed. [si serv. vind.] ; cfr. fr. 4 §§ 3, 4 D. h. t.

collo stesso nome l' a. in simplum l. Aquiliae, ne risulterebbe che Ulpiano, e già prima di lui Giuliano (l. 86 Dig., Lenel, *Iul.* 827), userebbe per questa tale vocabolo; inoltre, come in questi passi essa è denominata « confessoria actio » senz' altro, così per la rivendicazione delle servitù troviamo adoperata la stessa locuzione *tout court*, accanto alle altre : « in rem actio c. », « c. actio, quae de servitute movetur ».

Nè la locuzione « a. confessoria », nè lo stesso aggettivo « confessorius » si trova in altri passi delle nostre fonti, non nel Cod. e nelle Nov. latine, e greche, giustinianee, e nemmeno, per quel che mi consta, nel Codice gregor., ermog., teodosiano e nelle Nov. postteodosiane (1).

Tale locuzione, usata in un solo passo per indicare la petitio « usus fructus » fu già ritenuta, riguardo a questa, più che sospetta dal Bonfante (2) e dal Pampaloni (3). Entrambi, fondandosi sul presupposto che tal nome già i giuristi classici abbiano attribuito alla rivendicazione delle servitù, ritengono che i compilatori avrebbero inteso così di accoppiare nel nome alla vindicatio delle servitù quella dell' usufrutto, conforme al loro disegno di far rientrare anche l'usufrutto e i diritti ad esso analoghi nella categoria generale delle servitutes. Io penso invece che tale denominazione per entrambe le azioni sia estranea al linguaggio dei giuristi classici, e sia stata introdotta nei testi dai compilatori giustinianei, come, dopo queste osservazioni preliminari, che non mi sembravano inopportune, cercherò ora di dimostrare.

2. Il significato che nelle nostre fonti ha l' aggettivo « confessoria » nella petitio usus fructus e nella vindicatio delle servitutes è, senza alcun dubbio, quello di azione *affermativa* del proprio diritto sulla cosa altrui, in antitesi alla negatoria, data al dominus che nega competere ad alcuno

---

(1) V. del resto in proposito il Forcellini, il Ducange, il Thesaurus l. l., *h. v.*, e il n° 4.

(2) Istit.[4] p. 305 n. 1.

(3) *Il conc. class. dell' usufr.*, Bull. ist. dir. rom. 22 p. 109, n.° 1 n. 3, p. 146, n.° 8 n. 7.

l'usufrutto od una servitù (1). Che l'aggettivo nelle nostre fonti sia stato adoperato soltanto per indicare la rivendicazione di questi diritti, si spiega da ciò, che esso deve la sua origine al bisogno, o piuttosto, al creduto bisogno di foggiare un vocabolo antitetico a quello di « a. negativa » o « negatoria » (2). Da ciò appunto si spiega come esso non sia stato adoperato senz' altro ad indicare la rei vindicatio. Analogamente, quanto alla rivendicazione degli altri diritti reali, in contrapposto all' azione di chi pretende il diritto non esisteva nel diritto classico un « actio negativa ». Non si trova traccia nelle fonti di un' « a.° negativa » nemmeno « utilis » contro un preteso titolare di un « ius in agro vectigali » od un preteso superficiario, bensì contro di essi veniva senz' altro sperimentata la « rei vindicatio », e la loro difesa consisteva in una « exceptio in factum » (3). E tale era anche il mezzo

(1) Fr. 1 pr. D. 8, 5 : confessoria ei qui servitutes sibi competere *contendit*, negatoria domino qui *negat*; fr. 5 § 6 D. 7, 6 : sicut fructuario *in rem confessoriam agenti* fructus quoque praestandi sunt, ita et proprietatis domino si *negatoria actione* utatur; fr. 4 § 1 D. 8, 5 : *in confessoria actione, quae de servitute movetur*, fructus etiam veniunt... sed et *in negatoria actione*, ut Labeo ait, fructus computantur.

(2) Cfr. Gai. IV, 3 : aut cum (?) actio ex diverso adversario est *negativa*; § 2 I. 4, 6 : istae quoque actiones in rem sunt sed *negativae*; Ulp. fr. 5 pr. D. 7, 6 : quamquam enim actio *negativa* domino competat, cum invito se negat utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi (*sc.* « agit » o « intendit »). « Negatoria » si ha invece nei 3 passi citati nella n. precedente; che Ulpiano ed anzi già Labeone richiamato nel fr. 4 § 1 cit., scrivessero anche « negatoria » può essere dubbio; per me, anche a prescindere dai luoghi interpolati, su cui v. n° 8, ha maggiori probabilità la congettura che i compilatori per stabilire un perfetto *pendant* di confessoria abbiano mutato la finale: per lo meno è da escludersi che Labeone preferisse « negatoria » a « negativa » che è parola della latinità aurea, mentre lo stesso vocabolo « negator » non si trova usato prima di Tertulliano e « negatoria » appare dai lessici usata soltanto in questi passi (v. p. 554, n. 4).

(3) Non posso qui soffermarmi sulla questione, in quale tempo e sotto quali presupposti sia stato tutelato da un' a. in rem il conductor di un ager vectigalis, qualificato anche nelle fonti classiche (Paul. fr. 5 § 2 D. 47, 7) come tale « qui fundum vectigalem habet », o (Iul. fr. 16 D. 8, 1) come tale « ad quem vectigalis fundus pertinet » [cfr. per il superficiario : Iul.-Ulp. fr. 9 § 4 D. 39, 2]) o (Marc. fr. 15 § 1 D. 2, 8) come tale « qui agrum vectigalem possidet », nel senso, cioè, che è esonerato in appello dalla satisdatio, da cui sono esonerati i possessores rer. immobilium, cioè i proprietarii, anche se soltanto nudi proprietari, non così invece l'usufruttuario e il creditore pignoratizio : fr. 15 §§ 1, 2 D. eod. E nemmeno posso qui soffermarmi sull' analoga

difensivo che nel diritto classico era accordato al titolare di un usufrutto pretorio o di una servitù pretoria (1) contro il domino quiritario che la negasse; mentre più discusso è invece il punto quale fosse l' azione che questi doveva esercitare di fronte a chi ne allegasse l'esistenza, a mio avviso (2), l' azione

---

questione per il superficiarius, riguardo al quale Ulp. fr. 9 § 4 D. 39, 2 dice « si solum sit alterius, superficies alterius » e Iul. ivi riferito: « ad quem superficies pertinet » (v. anche p. 536. n. 3). Ma per il punto che qui più direttamente ci riguarda v. Scaev. fr. 31 D. 20, 1 « et propterea pronuntiatum esset, fundum secundum legem domini (Scaev. *municipum*) esse: Scevola non avrebbe potuto altrimenti parlare di una pronuntiatio domini esse; cfr. Nov. 7 c. 3 § 2 ». βουλομένοις... ἔξεσται τῶν χωρίων ἢ τῶν οἴκων ἀντιλαμβάνεσθαι. Per l'exc.° i. factum : fr. 1 §§ 3, 4 D. 43, 18 = fr. 156 § 1 D. 50, 16 (Cfr. ora Last, Grünhut's Zeitschr. 36 p. 459 segg.). L'a. negatoria potrebbe ritenersi a primo aspetto ben fondata nel senso, che il proprietario quiritario abbia ragione di negare l' esistenza di un usufrutto o di una servitù a carico del suo fondo se la turbativa ne riveste i caratteri esteriori, non però per contestare l' esistenza del diritto di superficies o il ius i. a. vectigali, contro la quale azione avrebbesi potuto efficacemente opporre l' exceptio i. f. « agr. in perp. » o « sup. — conduxisse ». Poichè la concessione includerebbe l' uti frui del fondo, e, quanto alle servitù, si tratterebbe dell' esercizio *iure praetorio* della proprietà piena, non si potrebbe, sembra, obbiettare il difetto dei presupposti di una servitù, tra cui l' esistenza di due fondi, poichè il tema dell' exceptio sarebbe stato una ragione diversa dall' esistenza di una servitù e alla sua volta il proprietario avrebbe potuto contrapporre una replicatio fondata sugli eventuali limiti della concessione (sec. legem locationis). Ma in contrario può osservarsi che si sarebbe in tal guisa spostato completamente il tema della controversia, che non sarebbe più stata una contestazione sull' esistenza di un usufrutto o di una servitù civile o pretoria. Per l' esclusione della negatoria riguardo al fondo superficiario o vettigale : v. in genere Siber *D. Passivlegitim. b. d. r. vind.* p. 83; dubbi Brinz *Pand.* 1² p. 666; Lenel *Nachträge z. E. Perp.*, Z. Sav.-St. 12 p. 10.

(1) Iul. fr. 16 D. 8, 5. « vel exceptione tuendus sim... » « utroque auxilio » me « usurum ».

(2) Molto più discusso del precedente (p. 521, n 3), è il punto se l' a. negatoria potesse o non trovare applicazione per l' usufrutto e le servitù pretorie, e se la c. d. azione proibitoria colmasse anzitutto questa ed anche altre lacune (in questo senso Lenel *o. c.* p. 9 segg.; *Ed.*² p. 186). Mi siano consentite qui alcune considerazioni.

Certo l'a. negatoria stava in precisa antitesi colla c. d. a. confessoria, cioè con quella si negava l'esistenza d' un *ius*, che era invece affermato coll' altra azione : che con essa si affermasse implicitamente la proprietà del fondo è un illazione teorica (Ulp. fr. 5 pr. D. 7, 6 « magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno » : analoghe osservazioni teoriche : Ulp. fr. 8 § 3 D. 8, 5 « haec a. in rem magis est quam in personam » Ulp. fr. 6 § 5 D. 39, 3 « a. p. a. actionem sciendum est non in rem [sed personalem itp.?] esse »), illazione derivante dall' osservazione che malgrado le apparenze contrarie si agisce

all' uopo era la negatoria o la prohibitoria che non differiva,

anche qui sulla base del proprio diritto. I bizantini poi, conforme alle loro tendenze speculative si soffermano con speciale compiacenza sulla relativa ἐλευθερία ἀγροῦ che si fa valere a parole colla negatoria, ma *re ipsa* colla confessoria (V. Theoph. ad § 2 I. 4, 6 e gli altri passi citati più innanzi), mentre forse Ulpiano non intendeva alludere che alla proprietà, che, se dalla parte avversa non si provi il *ius* contestato, include il diritto di libera ed esclusiva dominazione sulla cosa di fronte all' avversario; onde non è legittimo l' indurne che ogni turbativa anche non avente i caratteri esteriori di uno dei *iura* possa essere respinta coll' a. negatoria. Già questo sembra potersi dedurre dal fatto che entrambe le azioni sono costantemente designate de usu fructu, de servitute, che lo stesso Ulpiano ivi si esprime meno recisamente che non ci si attenderebbe altrimenti nell' indicare il carattere dell' a. neg.ª, e che essa è qualificata come « vindicatio, vindicari, ius non esse » (fr. 3 § 8 D. 43, 21 : certo da « plane » il passo non è incorrotto; fr. 1 § 5 D. 43, 27, e come vindicatio [= a. in rem] negativa [Gai. IV, 3, 5; § 2 I. 4, 6], o come actio contraria : fr. 8 pr. D. 8, 5, dove, però se per un' azione civile non fa serie difficoltà « dabitur », anzichè « competit » o « datur », quanto alle parole che seguono « hoc est tibi ius non esse me cogere », l' inelegante ellissi e il tenore qui attribuito alle prime parole della intentio [V. però Lenel *Ed.*² p. 189 a n. 3 e n. 3] non mi sembrano superiori ad ogni sospetto di glossema o di interpolazione; come pure mi sembra sospetta la anticipazione di ciò che segue, contenuta nel brano del fr. 6 § 2 D. eod. « ut et onera — est », dove le due proposizioni mancano dei due diversi soggetti [Cfr. Paul. fr. 1 § 1; 33 D. 8, 2] e l' esemplificazione del § 5 « forte — est », che finisce per comprendere tutte le ipotesi). Parimenti il « contra quoque », l' « invicem quoque » in § 2 J. 4, 6 della cui provenienza gaiana io non credo si possa dubitare, l' « a.º ex diverso » (Gai. IV, 3) dimostrano lo stretto legame fra le due azioni; mentre meno grave è la prova che si suol dedurre dalle rubriche di D. 7, 6 e D. 8, 5, poichè qualche non lieve argomento potrebbe far esitare a considerarle come edittali : anzitutto il singolare servitus nella relativa rubrica è indicato quasi fosse una figura giuridica unica alla stessa guisa dell' usus fructus nell' altra rubrica, mentre poi nel linguaggio edittale servitus al singolare è adoperato ad indicare la schiavitù (cfr. le rubriche del tit. « de lib. causa » [Lenel *Ed.*² §§ 178, 179); e anche la rubrica « a quo servitus petetur sive ad eum pertinere negabitur, si rem nolit defendere » è indicata come semplice congettura, per quanto autorevolissima (Lenel *Ed.*² § 255), l' « alius » in entrambe sta per « aliquis »; nella rubrica relativa all' usufrutto, si ha « petetur » anzichè petatur (v. Mommsen *ed. maior* p. 240 l. 37); non pare dunque affatto ingiustificato il dubbio che tali rubriche ci siano state tramandate in una forma più prossima alla genuina in Paul. sent. (II, 17) e nel Cod. giust. (3, 33, 34 : de usufructu — de servitutibus; l' addizione « et de aqua » è qui dovuta all' unificazione della materia, non alla contiguità delle rubriche « de servitutibus et de aqua et a. p. a. » nei libri ad Sab.). Lascio poi da parte il fr. 2 pr. D. 8, 5, le cui interpolazioni (v. nº 8) non permettono di trarne argomento di qualche valore per il diritto classico. Tale intima correlazione, che resulta manifestamente da questi testi e non contraddetta dal contenuto di altri passi relativi a tali azioni dipende probabilmente dalla loro unità processuale originaria : nella

se non per i termini, della formula dalla negatoria. Ma che i

l. a. sacramento i. r. (a cui si reconnette la i. iure cessio dell' usus fructus e delle servitù, finta confessoria nel caso di concessione [Fr. vat. 47], finta negatoria nel caso di remissio [Gai. II, 30] l' una doveva corrispondere all' altra reciprocamente, come contravindicatio (C.ª, con argomenti poco persuasivi : Ihering *Esprit d. dr. rom.*, trad. Meulenaere, IV, p. 99).

Ora, in qual senso precisamente tale correlazione debba essere intesa : se solo in quello che la turbativa debba avere i caratteri esteriori dell' esercizio, o della pretesa di una servitù riconosciuta come possibile (cfr. fr. 8 § 6 D. 8, 5 « aut non licere » ; fr. 15 D. 8, 4) o, più ancora restrittivamente, come pensa il Lenel, o. c. p. 9 segg., in quello, che la sua ammissibilità dipenda da ciò che l'avversario debba accampare in iure un *ius* (usufrutto o servitù) è disputato, e poteva essere controverso tra i giuristi romani. Ma questa ulteriore restrizione mi sembra doversi negare. Anzi tutto, in linea generale, ammesso pure che il convenuto fosse, come pensa Lenel (p. 10), richiesto in iure (benchè di tale interrogatio non parlino le fonti) di dichiarare se pretenda il diritto a quel comportamento che ha dato occasione alla in ius vocatio, io non so persuadermi come nel processo formulare debba occorrere una specie di contravindicatio « ius sibi esse », perche l'azione negatoria possa avere il suo corso e quindi non l' abbia nella negativa di quello. Il convenuto certo « non cogitur rem defendere » colle conseguenze su cui qui non è il caso d'intrattenerci, e in questo caso non vi è dazione di formula e passaggio al iudicium, ma questo, se non erro, è ben diverso dalla confessione di non avere il *ius* corrispondente agli atti intrapresi ; in tal caso egli può, se vuole, rem defendere e accipere iudicium, colla conseguenza che a carico dell' attore resterà sempre la prova della proprietà del fondo, in mancanza della quale sarà soccombente (fr. 5 pr. D. 7, 6 « quod si forte cet. » un brano sulla cui genuinità tuttavia potrebbe elevarsi qualche sospetto ; v. *infra*), mentre data questa prova avrà la vittoria ; che se poi oltre al negare il *ius* riguardo agli atti che provocarono l' in ius vocatio, confesserà la proprietà dell' attore (fundum A. A. esse) si avranno le conseguenze derivanti dalla confessio nella rei v. (fr. 6 § 2 D. 42, 2). E cioè, secondo Demelius *Confessio* p. 174 segg. (cfr. Pernice, Z. S.-St. 14 p. 165 ; Collinet, Nouv. R. hist. 1905 p. 181), poichè, v. gr., « non paret — ius non esse per fundum illum ire agere invito A. A. », escluso il iudicium circa la proprietà, in mancanza di restitutio si passava senza altro ad un iudicium r. aestimandae, seppure questa era la soluzione propria soltanto della procedura straordinaria, a cui il fr. 6 cit. si riferisce, e la soluzione propria della procedura formulare non fosse, ancora a quel tempo quella che resulta dalla lex de Gallia cisalpina c. XXII, secondo la quale la confessio « rem actoris non esse » era trattata alla pari dell' indefensio (cfr., da ultimo, Giffard, *La loi 6 de confessis*, Nouv. R. hist. 1905 p. 464 segg., e gli scrittori ivi citati ; cfr. lo stesso, *La conf. in iure* p. 138 segg.). Adunque, concesso pure, che al convenuto fosse richiesta in iure la dichiarazione se pretenda un diritto al comportamento che ha determinato la in ius vocatio, nella negativa di questo, non accompagnata, ben inteso dalla confessio del diritto di proprietà dell' attore, il giudizio ha il suo corso regolare, tenuto conto che resta sempre a suo carico la prova della proprietà.

Quanto al condomino attore di fronte al condomino, anzitutto non è certo

bizantini ai quali si deve quasi certamente il nome di *ser-*

se i giuristi romani fossero concordi nel respingere la negatoria. Certo la negano Iav. fr. 4 D. 33, 3; Ulp. fr. 3 § 2 e Labeo-Ulp. fr. 3 § 3 D. 39, 1; quanto a Paul. fr. 26 D. 8, 2, egli nega la confessoria tra condomini, e così Pap. fr. 28 D. 10, 3 (dove pure del ius prohibendi si parla, come di facoltà inerente al condominio, non come contenuto di servitù : cfr. Paul. fr. 26 cit.) e si può anche ammettere che essi escludessero per lo stesso motivo la negatoria tra condomini (v. ora su questi passi : Berger *Teilungsklagen* p. 239 segg.). Quanto a Marcell. fr. 11 D. 8, 5 veggansi le osservazioni che seguono, possiamo dire però fin d' ora che dal passo non si può arguire se l' ammettesse o la negasse; da esso risulta soltanto che M. accorda al socius il ius prohib. contro il socio edificante. Ma dato anche che fossero tutti concordi nella negativa, se ne può trarre, a mio avviso, soltanto la conseguenza che se tra le parti non si contestasse in iure la qualità di condomini, il pretore avrebbe denegato l' azione, perchè questa avrebbe in ogni caso portato alla assoluzione del convenuto, non già che senz' altro bastasse la negazione del *ius*, motivata o meno dalla pretesa di essere *socius*, a troncare il corso del giudizio. E tuttavia merita, a mio avviso, a questo proposito, particolare considerazione Pomp. fr. 27 D. 8, 2. Ivi si accorda l'a. negatoria contro il socius che *non iure* abbia fatto atti corrispondenti all' esercizio di una servitù a favore del fondo comune sul fondo proprio dell' altro, o, rispettivamente, a favore del fondo proprio sul fondo comune; nè per la sua applicabilità si distingue il caso che si accampi sia pure a torto l'esistenza, possibile, di una servitù conservatasi dopo la comunione del fondo dominante o servente, dal caso in cui si accampi, malgrado l' impossibilità giuridica della cosa, una servitù costituita dal socius durante la comunione. Fa difficoltà il credere che Pomp. si riferisca mentalmente solo alla prima ipotesi, anche a prescindere dal § 1 ove non mi pare così manifesta, come pare al Ferrini (Studi giur. per l' 8 centen. dell' Univ. di Bologna p. 99), l' allusione alla negatoria « ius... aedificandi non esse », malgrado il « ius aedificandi a vicino concessum », e nell' ipotesi validamente concesso, di cui è un momento prima parola.

Comunque, mi pare difficile che l'a. negatoria non comportasse una eccezione in factum sulla base di un usufrutto o servitù pretoria, così come alla r. vind. potevasi opporre un exceptio doli, r. v. et traditae, da parte del domino bonitario o dell' acquirente dal non proprietario divenuto poscia tale, o di colui del quale il proprietario rivendicante è erede; come ivi l'exceptio non urta direttamente contro l' assunto dell' attore, che resta sempre tenuto alla prova (giacchè l' inserzione dell' exceptio non implica affatto riconoscimento della verità dell' assunto dell' attore), ma ne paralizza l' efficacia, così sarebbe anche quì. Si potrebbe a mio avviso applicare quì ciò che è detto per l'exc.° dominii riguardo alla Publiciana (fr. 17 D. 6, 2), la negatoria certo ha base nel difetto del ius del convenuto sulla cosa dell' attore, ma l'aequitas non permette che serva anche ad impedire l' esercizio di un usufrutto o di servitù costituite tuitione praetoris. Possiamo ben prescindere da Iul. fr. 16 D. 8, 5 (sul qual passo v. ora H. Krüger *Die praetor. Servitut* pp. 31 segg., 38, 48, 72, 87, 88, 100), poichè se da esso apprendiamo che è data un' exceptio al titolare di servitù pretoria, nulla sappiamo circa il mezzo giuridico d' attacco (« actione quadam » itp.; utroque

vitus, e forse quello di « quasi ususfructus sive usus quidam »

---

auxilio) e tanto meno circa l' azione del proprietario contro cui l' eccezione viene opposta. Ma una riprova a fortiori si ha, se non erro, nella difesa autonoma, mediante exc.° in factum, che il compratore o il pignoratario dell' usufrutto possono opporre al proprietario che agisce colla negatoria, sebbene sia oltremodo dubbio se quelli abbiano un' a. utilis confessoria contro il proprietario e contro l' usufruttuario (Marcian. fr. 11 § 2 D. 20, 1). Di questa eccezione parrebbe detto in ultimo che è accordata contro l' usufruttuario se pignorante (o venditore) che agisce colla confessoria « ius mihi esse u. fr. » : pur tale è il senso del brano finale, contestato per vero dal Siber (o. c. p. 90 segg.), il quale lo vuol riferire al caso del proprietario pignorante (dove però l' uso della parola debitor, invece di fructuarius o simile, non sembrami decisivo, tenuto conto della vicinanza della parola creditor) : ipotesi da escludersi per diritto classico, secondo il S., il quale ritiene itp. « sive dominus — habet » e conseguentemente, secondo lui, anche « eadem — exceptio » (Riguardo a questo punto è dubbioso H. Krüger, Grünhut's Z. 36 p. 408 : contrario Pampaloni *o. c.*, p. 113 n. 4; e anche riguardo ad un' analoga interpolazione in fr. 15 pr. D. eod. « aut — nascuntur », già ammessa da Mommsen e Lenel *Pal.* Marcian. 400, dove però si può notare anche l' inelegante iperbato oltre l' accenno a un diritto presente fra le cose future e in principio l' itp. « et ea — obligata » [quanto alla costruzione del passo genuino, salvo l' ingiustificata soppressione di « fetus pecorum », coglierebbe, a mio avviso nel segno M. Fehr *Beitr. z. L. v. röm. Pfandr.* p. 76]). Siamo qui dunque nel caso in cui l' avversario non ha « il ius uti frui invito domino », che nemmeno lo accampa; eppure il « iudicium cum eo consistere potest ». — Si potrebbe fors' anche addurre il fr. 8 § 5 D. 8, 5, ove Aristone, a mio avviso, fa il caso di un superficiario della taberna casiaria contro cui è ammessa la negatoria « ius non esse fumum immittere » da parte del dominus (o di un altro superficiarius ?) delle superiores aedes (Cfr. fr. 1 § 9 D. 43, 18 e su entrambi i frammenti 15 pr. e 8 § 5 citt. Arangio Ruiz *La struttura dei dir. sulla cosa altrui*, Arch. giur. 82, p. 425 segg.; 81 p. 466 n. 1). La deduzione, che esistendo la servitù corrispondente si può agire « ius sibi esse fumum immittere », è di carattere generale e non significa quindi altrettanto necessariamente che al superficiario spetti, almeno in proprio, la confessoria (« nisi — admittit » itp. ?). D' altro canto, pensa il Lenel (l. c.) che l' azione proibitoria che pur corrisponderebbe concettualmente alla negatoria, per il tenore positivo della formola toglierebbe di mezzo l' ostacolo. Non sarebbe questo un eccesso di formalismo ? Se è vero che il ius prohibendi è affermato come manifestazione delle proprietà (infatti il condomino, quindi a fortiori il dominus, non ha il ius faciendi, ma nemmeno il ius prohibendi iure servitutis, come « ius separatum » : fr. 26 D. 8, 2, e la relativa formula non accenna al carattere civile o pretorio della pretesa avversaria, si riconosce per altro che se è pretoria, questa può farsi valere soltanto mediante exceptio (Lenel, *o. c.* p. 11; *Ed.*[2] p. 186) per la corrispondenza che dovrebbe esistere fra il « ius proh.[i] » da un lato e il carattere della pretesa avversaria; e ciò dovrebbe portare, se non erro, ad un uguale soluzione per entrambe le formole, e cioè anche quella proibitoria dovrebbe richiedere del pari una pretesa di ius civile. Se fosse di diritto pretorio uscirebbe dai confini del diritto civile di divieto, come una servitù pretoria escirebbe dai limiti del ius negato coll' azione negatoria, e se

al diritto di superficies (1), forse anche quello di ius praedii

quì, per inconcessum, non potesse opporsi mediante exceptio, così dovrebbe essere anche per la proibitoria.

D'altra parte, i soli passi dove si accenna alla f. prohibitoria (fr. 5 pr. D. 7, 6; fr. 11 D. 8, 5) non parlano per la supposta funzione suppletiva della f. prohibitoria, di cui non sarebbe facile del resto indicare i limiti.

Anzitutto, il testo di entrambi i passi lascia alquanto a desiderare. Come già osservò il Lenel stesso (Z. Sav.-St. 2, p. 73 segg.; *ibid.* 12, p. 12), è gia strana l' aggiunta « vel sibi ius esse prohibendi », donde invece apparirebbe chiarissimo che l' attore agisce de suo iure, e se l' inelegante anacoluto, per cui si dovrebbe sottintendere anzichè « negat » « intendit » non basta a renderla sospetta (v. però, ad es., fr. 25 § 16, D. 10, 2 dove le parole precedenti fanno sottintendere « debet », anzichè « solet » e il passo è gia sospetto per altri motivi), il dubbio si aggrava per l' « invito se » che reggerebbe insieme col « negat » la frase finale. Singolare è, a mio avviso, anche « ius utendi fructuario », come più sotto « quamvis fructuarius ius utendi non habet ». Anzitutto nello stesso contesto è usato « quamvis » coll' indicativo e « quamquam » col congiuntivo (cfr. l'itp. fr. 2 § 5 D. 39, 2 « quamquam — deficiat — etsi — deficiamur »; inoltre « prodest » per « prosit » in fr. 14 § 3 D. 10, 3 : Segrè *Sulla nat. della compropr. in dir. rom.*, Riv. sc. giur. 1888-90 p. 164 n. 193 [estr.]; « dum alii non nocet » in fr. 1 § 1 D. 39, 3) e « fructuarius » è detto costantemente in questo passo colui che esercita l' usufrutto senza averne il diritto (v. i passi in Seckel-Heumann, v. *fructus* : anche il « fructuarius qui vicit » in fr. 5 § 4 D. eod. non va contro la regola, poiche ivi si tratta della confessoria, e mentre un vero fructuarius può soccombere in essa per difetto di prova, quando si dice che vince, si presuppone, salvo accenno all' error iudicis o ad altre simili circostanze, che lo sia veramente; in Gai. II, 93 si tratta di un vero titolare dell' usufrutto, del quale egli dice che non può diventare dominus per usucapio perchè non possiede). Inoltre il proprietario che nega ad alcuno il « ius utendi » non nega il « ius fruendi », nega il diritto d' uso, non l' usufrutto e l' altro può fare valere che con ciò non gli si contesta il ius uti frui invito domino »; se l' « uti frui » o il « frui » comprende l' « uti » nel senso che risulta soprattutto da Paul. sent. III, 6, 24-25, non è vero l' inverso, onde si comprende come si possa, per amor di brevità, indicare la negatoria dell' usufrutto con un' intentio ius non esse frui (Cfr. Paul. fr. 9 D. 8, 5 « frui intendere »; Paul. fr. 3 § 3 D. 7, 4 « ius fruendi ») non con un « ius non esse uti ». Naturalmente altra cosa è che si parli di un modus utendi usu fructu (Paul. sent. I, 11, 2; III, 6, 27). L' uso di *uti* per « utifrui », « frui » nei giustinianei si ricollega probabilmente all' uso di χρῆσις nei bizantini si per l' uso che per l' usufrutto, ove non si presenti la necessità di distinguere (Suppl. Zach. Bas. 16, 6, 5 : Hb. VI p. 112; Bas. 50, 17, 9, sch. Agiotheod. 24). Anche il brano « vincet — habeant » non mi pare esente da sospetto; per lo meno avanti a « iure » dovrebbe trovarsi « eo », se non « eodem » anco a prescindere dalla inclusione del fructuarius nel novero dei *possessores*, (v. p. 578, n. 1). E la spiegazione « de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet » non riesce chiara, in causa dell'

(1) [V. le texte de cette note, *infra*, p. 531 et suiv.].

nel senso di un diritto su un fondo che non è in favore di

alieno iure in relazione alla confessoria, ed inutile dopo che si era detto che il « dominus » « ius separatum non habet », anzi parmi un' anticipata spiegazione del concetto espresso più innanzi per la negatoria e forse è come l' altra che la precede « nec enim potest ei suus fundus servire » (Longo, Bull. ist. dir. rom. 12 p. 313) un' aggiunta tribonianea (per ragioni diverse, la ritiene itp. anche Pampaloni *o. c.* p. 123). Potrebbe anche far impressione che accanto ad a. negativa manchi « vel prohibitoria », seppure ciò non dipendesse dal fatto che la formola con prohibere si considerasse come una delle formole dell' a. negativa.

Quanto a Marcel. fr. 11 D. 8, 5, l' alterazione del passo traspare da non pochi indizi. Si noti il mutamento dell' « illi » in « tibi », il « non possit », che pur sembra essere il vero testo (la correzione « num possint » dei mss. bolognesi più tardi [*dett.*] è ad sensum), l' « et magis — velit », dove, a parte il passaggio al singolare riguardo al socius proibente, quanto ai quesiti posti nel passo se spetti la confessoria al socius edificante, o piuttosto la proibitoria o la negatoria agli altri soci, prima della costruzione, e se queste spettino anche dopo la costruzione, è risposto solo implicitamente al primo, non agli altri, rimanendo perfino incerto poi se il ius prohibendi si estenda anche alla seconda ipotesi. E ancora, si noti che dove si parla del caso che si sia già edificato è omessa la menzione della proibitoria, ricordata prima accanto alla negatoria per il caso in cui non sia stato edificato, mentre, come la negatoria è data anco per opere non ancora compiute (fr. 15 D. 39, 1; fr. 8 § 3, fr. 9 pr., fr. 14 D. 8, 5), così la proibitoria sembra essere data, anche ad opera compiuta, contro il mantenimento di essa, del che si ha conferma, come nota il Lenel Z. Sav.-St. 12 p. 7, nello scolio 3 (τουτέστι) ad fr. 6 § 2 D. 47, 7 dove questa va riferita, anche e principalmente, al caso del tignum iam immissum, malgrado l' ἐπιτίθησι (immittit). Tuttociò dimostra che i compilatori hanno recato alterazioni e fatto soppressioni di tal guisa, che è scomparsa la traccia di ciò che per Marcello doveva essere fondamentale, se, cioè, e in quanto concorrevano coll' azione pro socio, a cui il passo si riferiva, le azioni de servitute (C.ª Schott *Das ius prohib. u. d. form. prohib.* pp. 19, 59, ma in evidente contrasto col tenore del passo; Siber *o. c.* p. 84 che ammette il riferimento a queste azioni soltanto per diritto giustinianeo, il che mi pare per ogni riguardo inverosimile); nè dal contesto attuale è dato indurre quale fosse veramente la sua opinione. Tutt' al più si potrebbe, non senza qualche ragione, supporre che Marcello fosse per l'ammissibilità di una azione de servitute contro il socius edificante prima del compimento dell' opera, altrimenti difficilmente sarebbe passato ad accennare il quesito sulla applicabilità di quella ad opera compiuta.

Tuttavia, malgrado i sospetti che la duplice menzione della formola prohibitoria sia insitizia, sospetti che potrebbero sembrare avvalorati dal silenzio di tutte le altre fonti, anche in quelle dove i giuristi bizantini accennano ad un a.° prohibitoria che è, come vedremo, per essi una confessoria, come l' azione dell' avente un *ius*, come lo è in genere l' azione di proprietà (Steph. sch. 6 ad fr. 5 pr. D. 8, 5, Suppl. Zach. ad Hb. VII p. 113; sch. cit. τουτέστι Doroth.; passo di un trattato *de obligationibus* anteriore ai Basilici, pubblicato da K. Witte, Linde's Zeitschr. N. S. 13 p. 392 segg.), di fronte alle citate testimonianze dei bizantini che parlano di questo τύπος prohibitόριος ed altre

un altro fondo al ius ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατευτικὸν (1), abbiano, sia

pur bizantine messe in rilievo dallo Zachariae (gloss. Labb. : προνιβιτορία ἀγωγή · κωλυτική [Otto, Thesaur. III p. 1791] ; synops. legum di M. Psellus v. 564 segg. ἡ δὲ κομφεσσορία τις , ἡ δὲ νεγατορία , ἡ δὲ προιβιτορία τις κτλ. ; glossa in Bosquetus ad v.m 561 : προιβιτορία ἤγουν κωλυτικὴ κωλύουσα τὸ γινόμενον εἰς τὴν βλάβην [Meermann, Thesaur. I p. 51, 69] : sulla origine e sul carattere di queste glosse v. Ferrini *o. c.* p. 92 segg.), non si può facilmente negar fede alla esistenza nel diritto classico di questa formola, per quanto, a mio avviso, malgrado il citato passo di Stefano che parla di una formola proibitoria proposta dal pretore, non proposta nell' editto e forse di origine piuttosto tarda. Del resto non bisogna spingere all' estremo rigore la fede nelle notizie di Stefano relative all' editto ; così, ad esempio, un editto sopra l'usus fructus a domino traditus (Sch. ad fr. 11 § 1 D. 7, 1 ; supp. Zach. Basil. VI, 44) sembra dovuto ad un malinteso di Stefano (Lenel *Ed.*2 p. 167 n. 3), il quale Stefano però (l' importante nota è del Ferrini *o. c.* p. 91 n. 2) non riproduce nel suo indice al fr. 1 pr. D. 7, 6 il « traditus usus fructus » che qui si trova e che manca invece nel corrisp. Vat. fr. 61. Ma per l' attendibilità in genere delle notizie di Stefano ci è offerta una testimonianza di grande valore riguardo all' « agere » o « actio pr. verbis ». Qui Stefano ci dà nel modo più preciso che si possa desiderare la formola (ad fr. 7 §§ 1, 2 D. 2, 14; Hb. I, 560); si potrebbe credere a prima giunta che essa non corrispondesse ad una reale formola del diritto classico, ma fosse stata di suo capo tratta dalla L. 6 § 1 C. 2, 4 (Alex.) e dalle parole « incerti », « incerti civilis » adoperate per tale azione, testi che farebbero prova soltanto per diritto giustinianeo (circa la L. 6 § 1 cit. v. anche Girard *Manuel*5 p. 597 n. 2 : cfr. p. 596 n. 8); tanta precisione, si potrebbe forse aggiungere, fa strano contrasto col fatto che egli riferisce in modo molto inesatto una cosa tanto più semplice, e, cioè, i nomi dei giuristi classici fra i quali si agitava la nota controversia nel passo più scabroso per chi vuol negare questa azione nel diritto classico, e cioè nel fr. 7 § 2 D. 2, 14 (tanto più esattamente riferita nei fr.i di un indice greco ai Digesti contenuti nel I Vol. dei papiri della Società ital. per la ricerca dei pap. greci in Egitto n. 55 e nuovamente editi dal Vassalli, Bull. ist. d. r. 24 p. 5 segg. [estr.], ll. 28-35 p. 19 cfr. p. 26). E nondimeno contro gli scrittori che dichiarano (Beseler *Beitr.* citt. II p. 156 segg.), o sono proclivi a ritenere (Perozzi *Istit.* II p. 278 segg., p. 281 n. 1) che tale azione sia senz' altro tribonianea, può osservarsi che Taleleo (sch. 4 ad L. 6 C. 2, 14 ; Hb. I, 695) avverte come Patricius per il caso ivi fatto (id quod interest per transazione inadempinta), e, come afferma Taleleo, per equivoco, pensava soltanto all' applicabilità dell' « a. praescr. verbis », non può quindi sostenersi l' interpolazione di un « a. (utilis) quae p. v. verbis rem gestam demonstrat danda est » nel testo (probabilmente del Cod. gregoriano) che era sotto gli occhi di Patricius ; e che del pari Eudoxius in una nota alla L. 3 C. 8, 54 (= Vat. fr. 286) spiega l' azione quivi detta « a. utilis », τὴν οὐτιλίαν ἀγωγὴν τὴν praescriptis verbis ; così, aggiunge Teodoro, intese Eudossio la parola *utilis* (Sch. τοῦ αὐτοῦ : ad h. l. Hb. IV, 593. I due citati passi bizantini sono menzionati già da Naber, Mnemos. 22 p. 70-78 ; cfr. Audibert, Mélanges Gérardin,

(1) [V. le texte de cette note, *infra*, p. 536 et suiv.].

pure tacitamente (poichè nella compilazione non ve ne è

---

p. 33 [p. 13 estr.]). Dunque questi due ἥρωες conoscevano un « a. pr. verbis », e perciò diventa anche molto problematica la falsità della notizia data da Iustin. nella L. 1 § 13 C. 3, 13.

Ma se anche questo argomento concorre a ritenere che la notizia di Stefano quanto ad una formola proibitoria meriti fede, parmi altresì molto probabile che essa non divergesse affatto, quanto all' ambito della sua applicabilità, dalla negatoria e si preferisse forse per ragioni del tutto estrinseche. Infatti, se il non essere ad essa di nuovo accennato nella seconda parte del cit fr. 11 non si vuol spiegare dal fatto che vi si tratti di opere già compiute (cfr. del resto anche il fr. 5 pr. cit.), ma dall' inutilità di ricordarla di nuovo dal momento che in tale ipotesi si negherebbe ogni a. de servitute (ciò che il Lenel, Z. Sav.-St. 12 p. 14, deve ben ammettere, altrimenti la sua funzione suppletiva anche nel caso di di usufrutto e servitù pretoria non potrebbe essere che parziale), resta però sempre che in entrambi i passi questa azione è considerata all' identica stregua della negatoria, che se Marcello avesse dato nella prima ipotesi soltanto la proibitoria avrebbe dovuto porre il quesito dell' applicabilità piuttosto dell' una che dell' altra in forma diversa e, cioè, collegando le due ipotesi coll' inserzione di un nuovo *an*, non col semplice *vel*, che, infine, se la negatoria tra soci era esclusa per quel caso, tanto più doveva essere esclusa per l' altro di opera già compiuta, e quindi per questa ipotesi, fra le due azioni possibili *in abstracto*, si sarebbe, caso mai, dovuta menzionare, a preferenza, la proibitoria, che è invece taciuta, non la negatoria che è invece la sola ricordata, cioè, proprio quell' azione che sarebbe già esclusa per motivi formali anche nel primo caso. Perciò, se alle fonti bizantine si vuole, e credo, giustamente, prestar fede, in quanto menzionano l' esistenza di un' azione, anzi di una formola prohibitoria per il diritto classico, ritengo che si debba loro prestar fede anche nel resto, in quanto, cioè affermano che non vi era assolutamente differenza alcuna fra essa e la negatoria, come dice esplicitamente il passo dell' opera bizantina riportato da K. Witte : κινεῖται (prohibitoria) δὲ καὶ παρὰ καὶ κατὰ τῶν αὐτῶν προσώπων, καὶ τὰς ὁμοίας ἔχει καταδίχας ταῖς πρὸς αὐτῆς, ὡς μηδὲν διαλάττουσα (ut nihil differat ab ea : sc. negatoria); un passo, si aggiunga, che confermerebbe nella parte precedente la sua applicabilità anche per opere già compiute [κωλύουσα τὸ γενόμενον (?) πρὸς βλάβην ἐπὶ δὲ δουλείας καὶ χρήσεως καρπῶν] se si dovesse leggere γενόμενον, mentre il Lenel (Z. Sav.-St. 2 p. 82 n. 174) giustamente preferisce leggere γινόμενον, poichè, come egli stesso osserva, tale passo è evidentemente la fonte della glossa riferita dal Bosquetus. Perciò, non insisto nemmeno nel mio precedente tentativo di spiegazione del cit. fr. 11 (Bull. i. d. r. 2 p. 110), secondo la quale, escluso un ius aedificandi e un ius prohibendi iure servitutis, la proibitoria del socius proibente avrebbe superato la difficoltà che presenterebbe un' azione negatoria contro un preteso diritto di servitù già per sè stesso inconcepibile.

Nell' insieme, ben appare poi che nel linguaggio giuridico, anche formolare, non si stava aderenti ad un preciso significato della parola *ius*, che può essere « separatum » o no dal dominio, che può appartenere ad alcuno « iure servitutis » o « iure dominii », che come il « ius prohib. », può essere facoltà compresa nel dominio e indicare il diritto di divieto del proprietario, oppure costituire una servitù o parte del contenuto di questa; onde *ius* può

traccia) inteso di applicare anche nel caso di chi pretende,

essere assunto come vocabolo atto a designare in forma positiva la facoltà del proprietario non limitata da un preteso diritto di proibizione del convenuto (Ulp. fr. 4 § 7 D. 8, 5 : un passo sia detto per incidenza, che non ci è forse pervenuto in tutto genuino: si noti che delle *aedes* prima si dice che servono alle *aedes* vicine, poscia alla persona [*ei*]; l' « *hoc* igitur *intendo* »; forse il passo genuino era molto più conciso e senz' altro fin dapprincipio, parlava dell' actio negativa di una serv. alt. n. tollendi che ha indirizzo e portata relativa, onde l' *invito te* nella formola). E si spiega anche da ciò come la locuzione *actio* (non *formula*) negativa fosse usata con estrema parsimonia dai giuristi classici, per quanto rispondente al loro concetto sul carattere di questa azione, e come potesse essere estranea al loro linguaggio una locuzione equivalente ad azione affermativa, come cercherò dimostrare. E forse non avevano nemmeno dato un nome particolare alla formula c. d. proibitoria; non solo essi non avevano bisogno di servirsi di questi termini tecnici, ma dovevano anzi rifuggire dall' uso di vocaboli più atti a suscitare equivoci, che a dissiparli. Così sarebbe stato appunto per azioni il cui nome non avrebbe corrisposto a un determinato contenuto sostanziale : vi è bensì l' azione di chi nega che il proprio fondo sia gravato di servitù, ma il tenore poteva essere anche positivo, come nel caso di chi negasse l' esistenza di una servitù negativa, o di chi agisse colla c. d. formola proibitoria; l' affermazione del *ius* qui è pura forma, ma non ne è per essi la sostanza. Alla forma si attengono invece i bizantini, col l' attribuire all' azione di chi afferma un *ius* il nome di confessoria, il che li induce a concludere che in sostanza anche la negatoria e la proibitoria sono azioni confessorie del proprio diritto, mentre i classici non perdevano mai di vista che con esse si negava il diritto da altri preteso : il che mostra, a mio avviso, un' indirizzo del pensiero in senso opposto a quello dei giuristi classici.

Note de la page 527 :

(1) Circa « servitus » Iul. [34 dig. de leg. III] fr. 86 § 4 D. 30 : per l'interp. : Longo *o. c.* 11, p. 338. Con ogni probabilità si tratta di un legato di obbligazione, come già s' induce dalla forma del passo (i §§ precedenti riguardano entrambe le specie); secondo Mitteis *RPR.*, I p. 61 n. 58 anche perchè si tratta di diritti pretorii. Ma la possibilità stessa dell' immediata costituzione del pegno per legato dimostra che si era ormai stabilita una giurisprudenza favorevole all' ammissibilità di legati *p. e.* di diritti reali pretori : la frequenza dei rescritti in proposito di Sev. e Caracalla (fr. 26 D. 13. 7) più che una innovazione, indica, a mio avviso, che si trattava di corroborare coll' autorità dei rescritti un punto ancora oscillante; come spesso, in Gai. (II, 296) e Ulp. (XXIV, 7) è rappresentato l' antico principio più rigido, come suole essere nelle trattazioni elementari (cfr., p. es., le definizioni e le distinzioni di a.° i. rem e in personam in Ulp. l. sing. reg. fr. 25 pr. D. 44, 7). In Pap. fr. 219 D. 50, 16 « ad legatarium quoque transferri potuit » non significa necessariamente che il diritto prima si fissi negli eredi per passare poi nel legatario, ma piuttosto che il diritto che si riconosce trasmissibile negli eredi, s' intende implicitamente anche trasmissibile nel legatario, parmi quindi riguardare anzi la possibilità di un legato diritto (diversamente : Mitteis, *l. c.*). Secondo

o, rispettivamente, di chi nega l'appartenenza di questi

Beseler *Beiträge* I p. 104, che nega l' esistenza in diritto classico non solo dell' a. in rem, ma anche dell' interd. de superf., *servitute* sarebbe per *obligatione*, però la sua osservazione che nella forma originaria il passo avrebbe accennato che il diritto superficiario apparteneva al testatore non persuade; poichè il legato di liberazione valeva anche nel caso che si trattasse di un credito dell' erede o di terzi (Dernburg *Pand.* IV[6] [trad. Cicala] § 112 n. 12). Non parmi inverosimile, tenuto conto dell' inutile ripetizione dello stesso concetto, che il brano originario fosse soltanto « nam consequetur ut superficiem lucrifaciat ».

Anche la locuzione « quasi usus fructus sive usus quidam » in fr. 1 § 6 D. 43, 18, che avrebbe un senso diverso di « q. u. f. » in fr. 2 D. 7. 5 (cfr. fr. Vat. 46) è molto sospetta (Baviera, *Scritti giur.* I p. 179 n. 4, p. 181; Beseler *Beitr.* I p. 102; Segrè, Bull. ist. d. rom. 19, 197 n. 3; Albertario *Il pegno della superficies* p. 20 n. 2), se pure si riferisce al diritto del superficiario stesso, o non piuttosto all' usufrutto o uso da questo costituito, cui si accenna tosto dopo (« eius esse et constitui posse per utiles actiones »; cfr. § 9 « servitutes quoque praetorio iure constituentur »); se si trattasse di due diritti, parrebbe che il diritto del costituente e quello costituito fossero di pari contenuto; constituere per u.[s] a.[s] » non è soltanto un' *unicum*, ma impossibile per dire che l' acquirente ha un « utilis actio » (cfr. § 9); strano poi che si torni a parlare del trasferimento del diritto stesso dopo aver parlato della concessione dell' usufrutto. Certo il testo è corrotto, ma se, come è probabile, è interpolato, difficile è stabilire ciò che vi è di genuino, ciò che è dei compilatori. Si va però oltre il segno quando si dice stranissima questa concezione dommatica del diritto di superficie (cfr. Ulp. fr. 32 D. 18, 1 « ius vendit — quarum usus ad privatos pertinet; fr. 32 D. 23, 3 : Inscr. Puteol. [Bruns *Font.* 7 p. 344 »] « eius usus et fructus potestasque aedificii sui ad se pertineret remittique ei solarium » [la costituzione di un usufrutto su un edificio in corso di costruzione mi pare assai poco probabile]; Inscr. di Adrasto [*ibid.*] permissum sit aedificare — aedificium iuris sua pecunia sua, praestaturus solarium sicut ceteri — quod ut [et?] habeat sui iuris et ad heredes transmittat [cfr. Pap. fr. 219 D. 50, 16]. Certo egli è che queste approssimative analogie sono particolarmente care ai compilatori che usano volentieri all' uopo *quasi*. Reco qualche esempio.

Fr. 1 § 23 D. 39, 3 « eritque in ista quasi servitus » per rapporti tutelati coll' a. a. pl. arc.; (cfr. « velut personalis servitus » itp. in fr. 8 § 4 D. 34, 3; Longo, *a. c.* p. 332). Il brano da « non ergo » non si riferisce alla servitù costituita longa consuetudine, che è solo ricordata per incidenza per dimostrare la possibilità dell' equivalenza della lex agri alla vetustas a proposito della aggerum minutio; ma in ogni modo, comunque si legga il passo « in quam rem » o « in quam in rem », si avrebbe un testo orribile; molto sospetto è anche il brano « non ergo — muniemus », col plurale « nos » che non si riferisce ai giuristi, ma al proprietario inferiore; con ogni probabilità, del resto la soluzione data quì circa la minutio degli aggeres artificiales stabiliti secondo la *lex agri* o la vetustas, su cui dovevano esservi questioni, analoghe a quelle di cui nel fr. 2 § 5 D. eod. circa l' obbligo di ripristinare o di lasciar ripristinare gli argini naturali, o conformi alla lex, o immemorabili è giustinianea : in entrambi i luoghi l' « utilis actio vel interdictum » appartiene, a mio avviso,

diritti, l'a. confessoria o, rispettivamente, l' a. negatoria, è, a

---

ai compilatori (in questo senso già Perozzi, Arch. giur. 41, p. 14 segg. [estr.]; analog. H. Krüger *o. c.* p. 82 segg.).

Tale senso approssimativo ha anche « quasi dominus » in Pomp. fr. 22 pr. D. 39, 3, per me sospetto (così anche Baviera *Scritti giur.* I, p. 169 segg.; che ritiene interpolata l' a. utilis a. pl. arc. pro e contro l' usufruttuario; per l' interpolazione relativa alla legittimazione attiva già Bachovius ad Treutler. [in Schulting *Notae ad Pand.* ad h. l.]). Qui « q. d. » ha senso diverso che in fr. 3 § 7 D. 43, 17 e in Gai. IV, 36, mentre, per tacer d' altro, è improbabile che a giustificare la legittimazione all' a.° u. a pl. arc. sia detto da Pomp. q.ⁱ dom.ˢ quello stesso di cui Ulp. (fr. 43 § 12 D. 47, 2), dice « dominus non est » per giustificare la persistenza dell' a. furti se il servo ha derubato colui che poscia ne ha acquistato l' usufrutto, mentre cessa per chi ne diventa condomino (cfr. fr. 17 § 9 D. 47, 10). — Non superiore ad ogni sospetto è anche « quasi inquilinus » per il superficiario in fr. 3 § 3 D. 39, 1 (così anche Beseler *Beitr.* I, p. 104); per vero « quasi » indica piuttosto approssimazione per difetto che per eccesso, il dubbio grave circa « quasi » rimane anche se il resto dovesse ritenersi genuino (« debet » in ogni modo dovrebbe mutarsi in « debebit »). Debbo però soggiungere che il discorso non poteva finire con « sum » (V. Seckel-Heumann v. *movere*) e che ciò che seguiva doveva ben rappresentare una soluzione o contraria a quella preannunziata dal *movet*, o almeno intermedia. Il ius prohibendi spettante al superficiarius contro il vicino, secondo il passo nello stato attuale, parrebbe dipendere dalla causa naturalis (cui corrisponderebbe l' u. pet.° fundi, e dalla causa impositicia a cui corrisponderebbe « servitutium causa actio mihi dabitur » (fr. 5 § 9 D. 39, 1), ma il senso mi sembra piuttosto essere quello che tanto la dazione dell' a.° serv. causa, come l' o. n. nuntiatio dipendano entrambe dall' utilis in rem actio, e, comunque, anche se si vuol collegare direttamente l' o. n. nunt.° all' a.° data serv. causa, ciò non esclude che vi siano comprese entrambe le azioni positiva e negativa (C.ª Burckhard-Glück Serie B. 39/40, I, p. 81 n. 67); quindi come quasi dominus, senza servitù o munito di servitù, avrebbe l' o. n. nunt. in modo autonomo, non procuratorio nomine. Del resto, ammenocchè si tratti di un argum. a maiori, il ius vindic. servit. in Iul. fr. 1 § 4 D. 43, 25, come l' util. petitio servitutis accordata al creditore pignoratizio, secondo Giuliano, dovrebbero riferirsi ad entrambe le azioni, sebbene il fr. 1 pr. D. 8, 5 e il fr. 5 § 1 D. eod. lo riferiscono soltanto al caso in cui fundo fructuario servitus debetur; infatti secondo Giuliano spetta l' o. n. nunt. adversus vicinum in genere, non per la semplice causa impositicia (cfr. fr. 1 § 3 D. eod.), anzi la stessa ipotesi ivi prevista è dubbio se si riferisca alla negatoria di una s. altius tollendi (cfr. fr. 2 D. 39, 1, o ad una confessoria della s. a. non tollendi. Ma la soluzione negativa data di fronte al *dominus*, la positiva data per il caso del vicinus circa l' azione « ius non esse... aedificare », parmi che si riferisca piuttosto alla negatoria della s.ˢ a. t. che alla confessoria della s.ª a. n. t. Infatti una confessoria si può solo imaginare nel caso che esista una servitù a favore del fondo in usufrutto e a carico di un fondo che non sia del proprietario; (nè il proprietario può avere servitù tra fondi proprii, nè l'usufruttuario può acquistare una servitù sul fondo di terzi, nè tanto meno sul fondo del proprietario : fr. 15 § 7 D. 7, 1); quindi se si trattasse di confessoria, dovendo la

mio avviso, poco probabile, poichè secondo i loro concetti,

---

servitù essere a carico di un fondo altrui, bisognerebbe pensare alla singolare ipotesi che il proprietario costruisca nell' altrui per far danno all' usufruttuario, nel qual caso è anche dubbio se sarebbe passivamente legittimato: l' altra che innalzi in un altro fondo proprio o su quello in usufrutto non riguarda la confessoria, che si dà tra il fondo in usufrutto ed un fondo altrui. La negatoria è più facile ad imaginare in questa stessa ipotesi; il proprietario fa un *opus* nel fondo in usufrutto od in altro suo fondo che oscura le aedes dell' usufruttuario, questi non può agire « ius ei non esse altius tollere », perchè ciò presupporrebbe la possibilità di una servitus nel proprietario mentre res sua nemini servit, quindi avrebbe soltanto la « vindic. usus fructus » (Per una confessoria della s.ª a. n. t., tuttavia : Burckhard *o. c.* p. 89 segg.; Witte, Linde's Zeitschr. N. S. 13 p. 415). Nè il « ceteris » quibus aliqua servitus a vicino debetur con cui si equipara l'usufruttuario all' avente una servitù non credo vadu modificato per diritto classico con *iis* (così anche Burckhard *o. c.* I p. 89), bensi che Giuliano alluda agli altri autorizzatti oltre l' usufruttuario a far valere servitù, il che non esclude che egli nominasse questi *ceteri*; se fosse *iis*, si negherebbe l'o. n. n. a chi « servitutem habet » contro il vicinus, proprietario del fondo servente, ciò che non può essere; cosi del creditore pignoratizio l' ut. pet. serv. in questione, è, come prima per l' usufruttuario, l' una et l' altra « vind. servit. », donde la legittimazione all' o. n. n. e la possibilità giuridica della remissio (= fr. 16 D. 8, 1), mentre in fr. 9 D. 39, 1 la vind. servitutis si riferisce palesemente alla causa impositicia. Non è però, già lo dissi, escluso che le locuzioni « vindic. servitutis », petitio servitutis, nel fr. 1 §§ 4, 5 D. 43, 25 si riferissero alla confessoria, e che per coloro che non hanno un' actio ficticia o con trasferimento di soggetti per la rivendicazione della cosa, non potendosi da questa ricavare un diretto argomento per l'applicabilità della negatoria, si traesse piuttosto argomento dal *plus*, cioè dalla concessione della difesa positiva di una servitù al *minus*, cioè alla difesa negativa, alla negatoria, rispettivamente proibitoria, ne è improbabile che entrambe fossero procuratorio nomine. Lascio da parte il grave punto se in tal guisa si possano spiegare le antinomie tra Giuliano e gli altri giuristi e più ancora di Giuliano e di Ulpiano di fronte a sè stessi, o se i giustinianei abbiano operato manipolazioni tali, per cui della negativa della vind. servitutis suo nomine e rispettiva o. n. n., e della concessa vind.ª proc. nomine avrebbero fatto sparire, ma non completamente (fr. 1 § 20 D. 39, 1) le traccie, o se in realtà tutti negassero l' una e l' altra sia suo nomine, che procur. nomine (fr. 5 § 1 D. 7, 6; fr. 1 pr. eod.) e gli altri passi siano stati manipolati in guisa da attribuire all' usufruttuario la vind. serv. (rispett. l' o. n. n.) procur. nomine (fr. 1 § 20 D. 39, 1); con che però mal si spiega herebbe il fr. 1 § 4 D. 43, 25 [fr. 2 D. 39, 2] dove non si accenna a tale restrizione; improbabile mi sembra che tutti i giuristi fossero d' accordo nel concedere l' azione e la nuntiatio, suo nomine, per le difficoltà che presentano gli altri testi, donde appare piuttosto il contrario. Comunque sia di ciò, il *movet* del fr. 3 § 3 D. 39, 1, da cui ho preso le mosse, dimostra che qualche cosa doveva essere soggiunto diverso dalla semplice negativa e la più naturale ipotesi mi parrebbe quella che per diritto classico si concedesse l' o. n. n. e la vind. serv.ª proc. nomine. Se tra questa e un' a. suo nomine di fronte al proprietario non poteva esserci differenza, entrambe essendo negate, non possiamo

quei diritti piuttosto che usufrutti più lati, rientranti nella

dire nulla di preciso circa le diverse conseguenze nei rapporti coi terzi. Poteva trattarsi di ciò che qui malgrado il difetto di mandato fosse autorizzato secondo il diritto pretorio ad agire come procurator ordinario alieno nomine (ciò che non è per ogni negot. gestor malgrado Gai. IV, 84 : Bethmann-Hollweg, *Civilproz.* II p. 422 n. 75), o piuttosto anche, che a somiglianza del procur. praesentis o apud acta, o del procurator il cui processo è ratificato dal dominus, o del tutor o curator, in causa dei suoi poteri manifesti e irretrattabili, deducesse in iudicium la ragione dell' attore e perciò fosse esonerato dalla cautio de rato (cfr. ora Duquesne *Transl. iudicii* p. 135) e trasferisse gli effetti del suo operato nel dominus (Fr. Vat. 317, 331), o che invece, come procurator in rem suam, malgrado l'esonero dalla satisdatio, alla stregua di un cognitor i. r. s. serbasse per sè secondo la regola l' a. iudicati, per il chè non sarebbe tuttavia cancellata ogni differenza fra l' agere s. n. e l' agere a. n. E non è infine escluso un passaggio graduale nella pratica dalla posizione di un procurator normale con poteri manifesti e irretrattabili a procurator in rem suam, in vista del suo interesse a far valere la servitù su un altro fondo o la libertà del fondo su cui ha il diritto, sia per la sua responsabilità verso il dominus, sia per il godimento che gli spetta della servitù attiva o della libertà del fondo. — Certo ad un semplice inquilinus non apparteneva nè o. n. n., nè azione de servitute nemmeno procuratorio nomine, e se dal *movet* è lecito trarre qualche illazione, la più probabile parmi quella che il superficiarius come rappresentante pretorio del fondo avesse una posizione giuridica intermedia nel senso sopra indicato.

Altro caso, di quasi itp. si ha nella locuzione peculium q. castrense nei 5 passi dove si trova, come è antica opinione, contradetta da Fitting, *D. pecul. castrense* p. 398, p. 413 segg. (VJR. v. castrense; Seckel-Heumann, v. quasi); la stessa antitesi fra il peculium dei pagani e il peculium non solo castrense ma anche q. castrense in fr. 7 § 6 D. 49, 5 è in modo caratteristico giustinianea (Cfr. Iustin. L. 37 § 1 l. 3, 38; analoga interpolazione si ha a mio avviso anche in Ulp. fr. 17 § 12 D. 36, 1, aliove — praecrat [fors' anche quamvis — desideraturus : cfr. fr. 52 D. eod. sed paternae — praestari itp.]; il significato posteriore più ampio di miles e militia spiega appunto l' assimilazione e la menzione per il miles di entrambi i peculia (fr. 1 § 6 D. 36, 1; cfr. fr. 7 § 6 D. 39, 5).

Non lievi dubbi si elevano anche, a mio avviso, contro il fr. 2 § 5 D. 43, 8 circa le « res fiscales, quae quasi propriae et privatae principis sunt »; l' esclusione dell' interdetto era già spiegata sopra, e la seconda ulteriore motivazione con questo mezzo termine, contrasta con ben note testimonianze (Plin. paneg. c. 47; Herod. 2, 4. 7; fr. 3 § 10 D. 49, 14 [vel publicis — monumentis itp.? partem fisco per p. Caesari ? : i « thensauri » diventano « thensarus » nella 2ª parte]; § 39 I. 2, 1 [« civitatis » per « aerario » ? : riguardo a queste congetture circa i due passi menzionati da ultimo, ebbi, per lettera privata, l' autorevole assenso del Bonfante]; fr. 1 § 3 D. 3, 6; L. 1 C. 7, 48 : cfr. Mitteis *R. P. R.* I p. 364 segg.). Circa il quasi dell' aº. q. Serviana v. Fehr *Beitr.* cit. p. 50 segg. (v. p. 578 n. 1), circa l' « a. quasi institoria », come creazione del diritto nuovo : Bonfante, Trad. Comm. Glück I.[3] XIV-XV, p. 53 n. *t*, *Ist.*[4] p. 162, n. 1, 358, 359 n. 1; [nello stesso senso, ora Albertario, L'a. q. institoria]c.ª Solazzi (*Le azioni del pup. e contro*

figura generale degli ἀσώματα, sono figure analoghe, ma pur

---

il pup. Bull. ist. dir. rom. 23 p. 153 segg.). Non è quì il caso di esaminare questo ultimo punto nè di ricercare altri esempi. Non credo ardito però affermare che i giuristi romani rifuggono in massima dalle nozioni e dai paralleli per approssimazione e che il « quasi » in senso approssimativo come « velut, quodammodo », deve essere guardato con una certa diffidenza.

Note de la page 529 :

(1) Ulp. fr. 3 § 4 D. 27, 9. Il posto che occupa questo fr.° sembra confermare che si tratti di un diritto, o di due diritti diversi, che per la loro possibile intensità si avvicinano alla proprietà piena. Cfr. per il ius in a. vectigali : Macr. fr. 15 § 1 D. 2, 8. Meno prova, invece, in tal senso il fr. 71 § 6 D. 30 « non videri proprietatem rei legatam sed id ius quod in vectigalibus praediis habemus » ; cfr. infatti § 5 « quamvis f. v. municipum sit, attamen quia aliquod ius in eo is qui legavit habet », e per la superficies i passi citati a p. 521 n. 3 e il fr. 32 D. 18, 1 « non solum, sed ius vendit » : il dubbio se il legato si riferisca alla proprietà o al ius i. a. v. dipende dal fatto che il testatore ha legato il fundus vect., e la prima interpretazione, che non sarebbe stata nemmeno discutibile se si fosse trattato di un legato p. vind. ordinato dal *conductor* dell' *a. v.*, era invece possibile per un legato p. damn., a cui quindi si riferivano i due §§ 5, 6 cit. [per esso sta anche l'habemus del § 6]. Ma è così confermata già al tempo di Giuliano l' alienabilità inter vivos, l' erede infatti è tenuto a costituire o a trasmettere il diritto (cfr. del resto Plin. ep. 7, 18 ; fr. 66 pr. D. 21, 2 ; quanto a fr. 7 pr. D. 39, 4 nel suo senso originario non si riferiva al ius i. a. v.). La realità del diritto, o dei diritti menzionati nel fr. 3 § 4 è comprovata dal fatto stesso che Ulp. ritiene applicabile il divieto d' alienazione ; della genuinità della loro menzione ha dubitato il Vuy *De orig. et nat. iur. emphyt. rom.* p. 101, senza addurne esplicite ragioni, ma certo indottovi dall' isolata menzione di essi nei testi della giurisprudenza classica. L'interpolazione mi pare anche poco probabile, per lo stesso uso della forma e dei caratteri greci, ciò che dimostra che gli istituti di cui ivi si parlava erano del diritto greco e solo indirettamente per il loro riconoscimento nei rapporti dei romani coi greci, come rapporti di ius gentium, trovavano applicazione prima e dopo la cost. antoniniana, almeno per il 3° secolo (Mitteis *Grundzüge* II, 1, p. 130). Il dubbio circa l' applicabilità del divieto, se pur si tratta di vero dubbio, a mio avviso, non poteva dipendere per Ulp. da ciò, che non si trattasse di un diritto reale, poichè se si fosse trattato di un diritto obbligatorio la questione per Ulp. non sarebbe stata possibile. Non saprei quindi convenire nella opinione (Baviera *Scritti giur.* p. 195 segg.) che Ulp. avesse scritto « ius personae » in luogo di « ius praedii », che non potrebbe significare se non un diritto reale aderente alla persona (sono reali i « iura personarum », perfino i « iura debita his etc. » in fr. 15 § 24 D. 39, 2) : nè è strano, a mio parere, che la soluzione affermativa sia data quì da Ulp. in modo meno reciso pur trattandosi di un diritto reale, giacchè nell' esame dei vari casi è questo il primo che si presenta in cui non si tratti di alienazione di proprietà a cui espressamente si riferiva il divieto (si noti che la prima menzione della sua applicazione agli a.ⁱ vect.ˢ si ha in un rescritto di Diocl. a. 294, L. 13, C. 5. 71, quando da tempo vi era un' a.° in rem ; cfr. fr. 1 § 1 D. 27, 9 ; fr. 3 § 5 D. h.

sempre tipi per sè stanti di diritti reali, normalmente

---

t. « quamvis oratio nihil de u. f. loquatur — simili modo dici potest *rell.* » ; fr. 3 § 6, fr. 4, fr. 5 pr. §§ 1, 2 D. eod.) ; inoltre trattavasi di un diritto, o di diritti, nati da rapporti obbligatori, di origine ellenica per quanto riconosciuti dal diritto romano e accessibili (come, ad esempio le ὑποθῆκαι date da Filocle a Cluvio : Cic. ad fam. XIII, 56, 2, cfr. Cic. ad Att. II, 17. 3) ai cittadini romani (cfr. l' iscrizione di Thisbae contenente l'editto del proc. di Acaia M. Ulpio, per il tempo dei Severi : Dittenberger, Sylloge² n. 533) ; e già perciò di contorni alquanto indecisi. Nè la congettura acquisterebbe, a mio avviso, maggiore verosimiglianza, dando a « ius personae » il senso che ha appunto questa locuzione nelle nostre fonti, poichè se si fosse trattato di un diritto, o di diritti, intrasmissibili agli eredi e inalienabili a terzi, allora non per il divieto, ma per altro motivo i tutores non potrebbero *distrahere* ; e venuti meno questi limiti, i compilatori alla loro volta, avrebbero preferito chiamarlo, o chiamarli « servitus » anzi che « ius praedii », poichè questa locuzione vale piuttosto anche per essi come servitù prediale (fr. 20 § 3 D. 8, 3 ; fr. 32 D. 7, 1 ; fr. 4 D. 8, 3 ; fr. 1 e 15 pr. D. 8, 1 ; fr. 12 D. 33, 1 ; fr. 8 § 3 D. 34, 3 ; fr. 14 § 3 D. 34, 1). Certo in un passo, nel fr. 70 § 2 D. 46, 2, di cui già A. Fabro [De Medio, Bull. i. d. rom. 13, 236] aveva avvertito l' interpolazione, si trova detto « u. f. fundi ius est », ma, se si ha riguardo a ciò che precede, « fundi » può molto bene ricollegarsi a « usus fructus » (cfr. v. gr., fr. 58 D. 45, 1 ; fr. 2 D. 7, 6 ; fr. 1 pr., fr. 7 § 1 D. 7, 9 ; fr. 3 § 13 D. 43, 16 [u. f. fundi « itp.? »] ; fr. 22 pr. D. 39, 3 ; fr. 2 § 1 ; fr. 5 D. 7, 5) ; nè molto peso, in senso contrario, può darsi a « ceteris *praediorum* servitutibus » in fr. 76 § 2 D. 31 : si tratta di una svista dei compilatori, per cui l' usufrutto diventerebbe una servitù prediale, svista che si spiega facilmente dal loro proposito di chiamarlo servitus [Longo *o. c.* p. 310] ; quanto al fr. 13 § 1 D. 39, 2 [cfr. fr. 19 pr. D. eod. colla finale « et superficiarius » che non si trova, nè poteva trovarsi nel fr. gem. 30 D. 9, 4 ; fr. 9 §§ 4, 5 D. 39, 2] non occorre, nè giova sottintendere « corporis » ; in ogni modo l' « ut puta servitutem » è, a mio avviso, itp. ; Ulpiano quì parlava soltanto di servitù e non mi pare inverosimile che a « habet » seguisse « aquae ducendae » : cfr. Ulp. fr. 30 D. eod. [Lenel *Ulp.* 1756 ; fr. 3 § 11 D. 43, 19]. Del resto quanto alla trasmissibilità del ius ἐμφυτευτικόν , malgrado il κατὰ βίου della tavola di Eraclea il diritto è ereditario e trasmissibile per atto di ultima volontà, il pignoramento e la vendita non sono esclusi in modo assoluto, anzi nel silenzio, secondo il Mitteis *Z. Gesch. d. Erbpacht*, p. 11, l' alienabilità devesi ritenere tacitamente presupposta (cfr. Segrè *Trad. Comm.* Glück VI, 3 n. *d* p. 424 segg.) ; nè più parlano per l'intrasmissibilità i documenti greco-egizi di enfitensi su terre del fisco o imperiali (Mitteis, *o. c.* p. 33 segg.) nè i documenti illustrati da Mitteis (*Amherst Papyri*) Z. Sav.-St. 22 p. 151 segg., nè intrasmissibili sono le concessioni enfiteutiche del periodo più avanzato, malgrado la loro revocabilità a differenza di quelle fatte a perpetuarii (v. Mitteis, p. 45 segg., p. 59 segg. ; cfr. su questi punti Arangio-Ruiz *o. c.* p. 436 segg). — Quanto a « vel ἐμβατευτικόν (scil. *ius*), [i Basil. hanno ἐμβατικόν ; ma il senso non dovrebbe essere diverso : cfr. ἐμβατεία in Bekker *Anecdot.* I p. 249 ; ἐμβαδεία , ἐμβάς , ἔμβασις nei papiri] ; i vari tentativi di spiegazione, tra i quali anche quello di Cuiacio, per il quale varrebbe « ius superficiarium » [mentre altrove lo ritiene equivalente a ius emphyteuticum] sono indicati in

perpetui, trasmissibili per atti inter vivos e tali che autorizzano il titolare alla costituzione di servitù attive e pas-

---

Arndts *Civil. Schrift.* I p. 211 n. 6. Io pure, *o. c.* n. *d* p. 425, ritenni non improbabile che si riferisse alla superficies e il termine fosse stata aggiunto dai compilatori. Il Mitteis *Z. Gesch. d. Erbpacht* p. 11, nella locazione perpetua greca trova l'origine della locuzione « ius ἐμβατευτικόν » come dell' obbligo al φυτεύειν (v. ἔμβασις e successiva μίσθωσις nel contratto di Olymos ricordato dal M. a p. 9); in ultima analisi quindi con questo nome si indicherebbe lo stesso diritto, o almeno una delle varietà di queste locazioni perpetue. Il Baviera (*o. c.* p. 197 segg.) ritiene come palese, che esso sia il diritto del creditore a mettersi in possesso della cosa del debitore insolvente al momento della scadenza secondo i principi dell' ipoteca greca. Mi sia lecito manifestare i miei gravi dubbi in proposito. A parte la questione della trasmissibilità, si tratterebbe nella ben nota ἐμβάτευσις greca, come nell' ἐμβαδεύειν, ἐμβαδεία e locuzioni analoghe dei papiri, di una facoltà di appropriazione della cosa in mancanza di pagamento, attribuita nella costituzione d' ipoteca; quanto, all' ἐμβαδεία dei papiri, per cui il creditore acquisterebbe una proprietà sotto condizione, nella costituzione di ὑποθήκαι, il suo probabile contrapposto coll' ἐνεχυρασία starebbe in ciò che il diritto definitivo d' immissione nel possesso sarebbe comune tanto alle ipoteche che agli ipallagmi, ma in quelle non richiederebbe l' intermedia ἐνεχυρασία (Così ora Mitteis *Grundzüge u. Chrest. d. Papyrusk.*, II, 1 p. 142 segg., p. 146 segg., p. 189 a, p. 161 e). Ora è probabile che Ulpiano si riferisse a questo diritto? Non mi pare. Il modo con cui egli si esprime (ius ἐμφ. *vel* ἐμβ. : distrahi hoc [ius]) fa ben ritenere che non si tratti di due diritti affatti diversi tra loro; ci si attenderebbe che o Ulpiano ne parlasse in due distinte proposizioni, o che almeno con un « utrumque ius » mettesse in rilievo la distinzione, come distintamente egli parla della costituzione di usufrutto, dell' imposizione di servitù ecc.; a mio avviso il *vel*, l' « hoc ius » allude piuttosto a un rapporto di eguaglianza o almeno di stretta affinità. Inoltre, dato per ipotesi che così fosse, non è a credersi che in seguito al divieto costantiniano della lex commissoria, i compilatori ne avrebbero soppresso la menzione? Perciò l'opinione di Mitteis mi pare assai più verosimile. Nè può addursi a riprova (Baviera *o. c.* p. 194) della tendenza dei giustinianei di ricondurre anche questo diritto sotto il concetto di servitù lo sch. ad h. fr. (Basil. 38, 9, 13, §§ 4, 5 sch. 6, Hb. III, 750) [οὔτε ἐμφυτευτικόν] εἰ καὶ τὰ μάλιστα δίκαιόν τι νομίζεται μᾶλλον ἔχειν, οὐ μὴν αὐτῶν δεσπόζειν τῶν ἀγρῶν : un δίκαιόν τι che sta in manifesta antitesi da un lato colla proprietà, dall' altro colla δουλεία di cui nei §§ 4, 5 cit. e nel relativo sch. 7 e 9. In conclusione : ritengo genuina la prima parte del testo e poco probabile il senso di ius ἐμβατευτικόν che gli attribuisce il B., nè credo che in luogo di « ius praedii » fosse scritto « ius personae ». Ammetto che Ulp. potesse aver scritto « ius » (cfr. lo sch. cit.), o « ius in praedio » (cfr. « ius in agro vectigali); meraviglierebbe, per altro, che i giustinianei avessero corretto intenzionalmente questa o quella locuzione in « ius praedii », mentre anche per essi « ius praedii » è piuttosto una servitù prediale; onde io crederei che il mutamento sia piuttosto da attribuirsi ad una loro svista, simile a quella per cui accanto all' usufrutto si trova scritto « ceterae praediorum servitutes ». E pur concesso che con

sive (1). Comunque, il passo che i commissari non fecero o non osarono fare nella compilazione, ben lo fecero per la « r. vind.° » e per la stessa azione negatoria e prohibitoria gli interpreti bizantini coevi alla compilazione, anche taluni di quelli che vi presero parte, e quelli di poco posteriori. E se tal nome non è dato alle altre azioni reali, ciò dipende soltanto dal fatto che esse non sono tradotte processualmente nella affermazione del proprio diritto, ma in una forma diversa, corrispondente alle formole in factum del periodo formulare (2).

Quale sia infatti il pensiero dei commentatori bizantini risulta dalla definizione che dell' a. confessoria dà Teofilo, ad § 2 I. 4, 6 (ed. Ferrini p. 416) :

... ἐπὶ σωματικῶν μὲν μόνον confessorίως (confessoría δέ ἐστιν ἀγωγή ,

---

ius praedii essi intendano anche una servitù personale, non credo che essi possano avere fatto tale mutamento nell' intento di fare rientrare il diritto enfiteutico in tale categoria (V. : Pampaloni *o. c.* p. 150 nn. 2 e 3).

(1) Fr. 1 pr. D. 7, 4; fr. 1 §§ 6, 9 D. 43, 18; cfr. fr. 15 § 7 D. 7, 1. Le per diritti giustinianeo, quanto alla *superficies* l' imponibilità di servitù è fuor di questione (fr. 1 § 9 D. cit.), non credo che possa dubitarsene seriamente per l' enfiteusi: superficiario ed enfiteuta hanno in diritto giustinianeo *utiliter* le facoltà del proprietario. Costa *Storia del dir. priv. rom.* p. 284 n. 2) richiamandosi per le discussioni a Glück *Erlaut.* VI § 603, ritiene invece affatto probabile su questo punto la soluzione negativa. Ma, come osservavo nella trad. it. (p. 417 e n. *n*) dove è maggiormente svolto questo punto, le dubbiezze e le restrizioni di qualche scrittore, ispirate al pensiero della possibilità che per tale imposizione sia deteriorato il fondo, sono giuridicamente infondate; certo se l' enfiteuta concede una servitù per l' esercizio della quale il fondo venga effettivamente deteriorato, il proprietario potrà agire di caducità. Ma, mentre da un lato non è motivo sufficiente per tale azione la semplice possibilità del deterioramento determinata dalla costituzione di quella servitù, dall' altro, in ogni modo il diritto è validamente costituito e non cessa che col cessare del diritto enfiteutico. Si può aggiungere ex abundanti, che si tratterebbe di un vincolo troppo assoluto e quindi irragionevole : l' economia agricola può consigliare l' imposizione di qualche servitù in cambio di servitù ben più utile al fondo che non sia dannosa quella imposta. Così è anche per diritto nostro, dove anzi l' obbligo non solo di non deteriorare, ma di migliorare è un *essentiale* dell' enfiteusi (artt. 665, 1556 c. civ. it.). Ciò che vale per l' imposizione vale anche per la rinunzia. Quanto alla possibilità dell' acquisto non vi è, nè vi può essere dubbio. E quanto ai destini delle servitù attive e di quelle passive per l' estinzione dell' enfiteusi, si possono vedere le mie nn. *n* ed *o* al § 603, p. 446 segg.

(2) E sulla permanenza del nome dell' azione nel libello procedurale del diritto greco-romano, v. Brugi, Studi per il centen. di M. Amari, p. 284 segg.

ἡνίκα τις συνομολογεῖ τὸ προσὸν αὐτῷ δίκαιον, λέγων · « εἰ φαίνεται τὸν ἀγρὸν εἶναι τῆς ἐμῆς δεσποτείας ») κτλ.

In corrispondenza a questo concetto, mentre Doroteo, più fedele al testo che doveva inserire e che con tutta probabilità appartiene alle res cottidianae di Gaio (1), nelle Istituzioni imperiali non parla affatto di a. confessoria, il suo collega Teofilo nella parafrasi al § 2 I. 4, 6 usa « confessoríως » 12 volte (2), e « confessoria » 3 volte (3), e per significare non soltanto la rivendicazione delle res incorporales, veluti usus fructus et servitus, ma anche la vindicatio delle res corporale, anzi afferma che in sostanza è una « confessoría » anche la « negatoria », in quanto si afferma, per quanto in forma negativa, la libertà del fondo (4). Nello stesso ordine di idee di Teofilo, ciò che non fa meraviglia dati i rapporti di paren-

---

(1) Ferrini *Fonti delle istit. di Giust.* Bull. ist. dir. rom. 13 p. 191. Possiamo lasciar da parte, senza scrupolo, le esitanze dello Zocco-Rosa, Ann. ist. dir. rom. 1910-11, p. 100 circa tale attribuzione, poiche di tali esitanze egli non dà alcuna giustificazione. Il solo dubbio, che potrebbe addursi contro questa attribuzione, è quello che delle res cottidianae ci sono pervenuti nei Digesti soltanto gli estratti di 3 libri, e non abbiamo altra prova che i libri che dovevano seguire al terzo, fra cui quello relativo alle actiones, siano stati realmente scritti da Gaio, o, almeno, utilizzati per le Istituzioni giustinianee. Ma se si tien conto dei molti altri indizi di derivazione gaiana, il dubbio perde ogni gravità (Ferrini, l. c. p. 106 segg.). Perciò stimo infondata l' ipotesi del Kniep *D. Rechtsgel. Gaius* che le *r. cott.* constassero di soli 3 libri e non comprendessero quindi, oltre ad altre materie le « actiones ».

(2) Non 11, come è detto nel Thesaur. l. l. h. v. Nell' ed. Ferr., p. 415, 5 volte ; p. 416, 3 volte ; p. 417, 4 volte.

(3) ed. Ferrini, pp. 416, 417, 418, una volta in ciascuna pagina.

(4) Indichiamo in questa nota, nella loro successione, i passi ove si trova usato l' uno o l' altro dei due vocaboli in questa triplice accezione seguendo l' ed. Ferrini :

P. 415 :

καὶ ἡ confessoríως... = vind.° rer. corpor. et rer. incorporalium, veluti u. f. et servitus.
confessoríως (μόνον) κινῶ... = rei vind.°.
καὶ confessoríως... = vind.° u. f. et servitutis.
καὶ confessoríως μὲν κινῶ... = rei vind.°.
confessoríως δὲ... = vind.° u. f. et servitutis.

P. 416 :

ἐπὶ σωματικῶν μὲν μόνον... confessoríως... = rei vindic.°.
confessoría δέ ἐστιν ἀγωγὴ... = rei vind.°.
confessoríως μὲν ἡνίκα λέγω = vind.° usus fructus.

tela fra i due indici, è anche Stefano, benchè non si spinga sino al punto di chiamare « confessoria » la r. vind.° Veggansi i seguenti passi.

Nello sch. ad fr. 3 D. 7, 6 (1) egli traduce l' anonima « actio ad restituendum u.^{s} f.^{s} » negata al fedecommissario, come formula confessoria (κομφεσσ. τύπος) ad recipiendum u.^{m} f.^{m} (2). — Analogamente, nell' ind. del fr. 4 D. 7, 4

P. 417 :

οὐκ ὁ αὐτὸς κινεῖ καὶ confessoríως , καὶ... = riferibile a entrambe le *res*.
ἀλλὰ confessoríως... = vind.° rer. incorporal.
καὶ τίνος ἕνεκα confessoríως... = vind.° rer. incorpor.
κινοῦμεν τὴν in rem confessoríως = vind.° rer. incorpor.
τῷ ἀποτελέσματι confessoría ἐστίν. = a°. negat.ª, implicitamente confessoria, secondo Teofilo.

P. 418 :

in rem ἡ ἐναγωγὴ confessoría = a.° negatoria, a parole, secondo Teofilo.

(1) Suppl. Zach. Hb. IV, p. 112. — In questo passo, come nell' index del fr. 11 § 4 D. 6, 2, Suppl. Zach. Hb. VI, p. 44, sch. 10) Stefano nega che la traditio u. fr. da parte del dominus, non in base a legato, od a pactio *e* stipulatio valga come costituzione del diritto.

(2) Circa le interpolazioni del fr. 3 D. 7, 6, e le ipotesi sul suo contesto originario : H. Krüger *o. c.* p. 51 segg.; Beseler *Beiträge* II p. 6. Il passo significa certo, in genere, che a differenza di ciò che vale per le cause di cessazione dell' usufrutto non operanti a danno del fedecommissario d' usufrutto (fr. 29 § 2 D. 7, 4 ; fr. 29 D. 33, 2), quì il suo « non usus » deve ritorcersi a suo danno, come appunto se fosse stato legatario *per damn.*, ma che cosa sia l'a.° ad restituendum quì denegata e rispettivamente l'a.° utilis suo nomine concessa in Marcl.-Ulp. fr. 29 § 2 D. cit. è assai incerto. Beseler afferma che sarebbe stata l'a.° Publiciana, ciò che è molto dubbio. Dovrebbe essere un' applicazione della P. concessa al possessore di b. f., non al domino bonitario, poiche trattandosi di restituzione da parte dell' usufruttuario, di usufrutto pretorio pare che quì non possa parlarsi (v. anche Steph. l. c. p. 112). Nè è credibile che fosse « legati » per « fideicommissi », come egli suppone, poichè per dir. classico l' erede non avrebbe soddisfatto il suo obbligo col semplice « inducere in fundum », come nemmeno colla semplice « in iure cessio », e l' ipotesi è manifestamente quella di un legatario dell' usufrutto gravato della restituzione di esso, il quale, anche dopo questa, tale rimane almeno iure civili. Il brano finale è probabilmente itp. (dominium u. f. in contrapposto a possessio (itp. ?) u.^{s} fr.^{s} ricorda la δεσποτεία χρήσεως dei bizantini). — H. Krüger vi riconosce l'int. utile, ma questo presuppone soltanto l'uti frui non vizioso di fronte all' avversario; non è quì, del resto, il luogo di spiegare le ragioni del mio dissenso dall' opinione, per quanto fine ed ingegnosa, del chiaro collega di Münster, circa la tutela attiva dell' usufrutto pretorio e delle servitù pretorie, che si ridurrebbe ad essere quella dell' utente [di buona fede, secondo il Kr.], quindi non una tutela propria, autonoma : che non si avrebbe se non quando si è esercitato il diritto (cosicchè

(Supp. Zach. Bas. 16, 4, 4 sch. 11, Hb. VI, 102), ove il perimento dell' usufrutto non deve ritornare a danno del fedecommissario di questo, con richiamo al fr. 29 § 2 D. eod. (« suo enim nomine utilem a.m habiturum ») spiega le parole di Marciano « id agere praetor debet cet. » nel senso che il pretore gli dà un' « utilis confessoria actio » o forse « u. c. formola » (v. ibid. n. *b*), donde la prova che anche nel passo precedente allude ad un « utilis confessoria », il che è riconfermato da un altro passo del suo indice (ad Ulp. fr. 11 § 1 D. 6, 1, sch. 8, 10; Suppl. Zach. Hb. VI, p. 43, 44), ove negando che per la traditio possa costituirsi *iure* un usus fructus, come qualsiasi servitù, trattandosi di res incorporales, tanto per l'usufrutto che per le servitù tradite dal proprietario afferma che il pretore concede un' azione confessoria publiciana (sch. 10, cfr. sch. 8), opponendosi quì all' opinione di Teofilo, che, non in causa della *traditio* (che sarebbe per esso modo d' acquisto regolare), ma in causa della persona del tradente (non dominus) riteneva doversi applicare, anzichè la confessoria diretta, quella publiciana (1).

---

restituendo in forza dell' interdetto verrebbe a mancare ogni difesa di fronte all' avversario, non essendovi un' a.° utilis o un' a.° Publiciana), e, secondo le regole stabilite per i singoli interdetti, soltanto se si è esercitato nec vi nec clam nec precario di fronte all' avversario : che verrebbe a mancare dove manchino appositi interdetti o l'int. uti possidetis, o si dovrebbe andar a cercare nell' interdetto utile che secondo il Kr. dall' usufrutto si sarebbe esteso alla superficies e ad ogni titolare pretorio di servitù (fr. 1 § 9 D. 43, 18; o. c. p. 85). Tale opinione, ha in sostanza il suo punto di partenza e il suo massimo appoggio (*o. c.* p. 29 segg.; p. 89) in un interpretazione, per me assai discutibile, di Pap. fr. 27 D. 39, 5, dove invece a me sembra, a parte le interpolazioni, che si tratti di due distinti quesiti e non di un solo [cfr. Ubbelohde-Glück Serie B. 43/44, V p. 197 e n. 14, p. 521], ed ha contro di sè, piuttosto che in suo favore Iav. fr. 20 D. 8, 1 (« ideoque et »; cfr. o. c. p. 51 segg.).

(1) H. Krüger (o. c. p. 59 segg.) che ricorda questo passo di Stefano, ma non quelli sopra citati, da un canto presta fede alla notizia di Stefano, ma dall' altro gliela nega, in quanto nega che quì si trattasse veramente di Publiciana, bensì ritiene che quì si trattasse dell' interd. utile [u. vi] del l'usufruttuario (fr. 3 § 13 D. 43, 16). Con maggior rigore logico Lenel (*Ed.*[2] p. 167, n. 2) nega ogni fede alla notizia stefanea di un editto circa l'usufructus a domino traditus, per quanto l'applicabilità della publiciana per l' usufrutto tradito a domino sia tuttora sub iudice e lo stesso Lenel ammetta che ai tempi di Ulp. sia superata la difficoltà dipendente dall' impossibilità della traditio e dell' usucapio delle res incorporales (Gai. II, 28, fr. 43 § 1

— Nel celebre commento del fr. 5 pr. D. 7, 6 (1) dopo aver detto « che il pretore ha proposto per coloro che rivendicano ἀσώματα tre formole, la prima *confessoria* (ius mihi esse uti frui), la seconda *negatoria* (ius tibi non esse u. f.), la terza *prohibitoria* (ius mihi esse prohibendi te u. f.) » (2), soggiunge che della confessoria può valersi soltanto l'usufruttuario, non il proprietario, poichè nessuno può agire de alieno iure, e che non vi contrasta la formola negatoria (dove sembrerebbe fondarsi non sul proprio diritto, ma sul difetto del diritto dell' avversario) in causa dell' *invito me* della f. negatoria, e, corrispondentemente, del *ius prohibendi* affermato nella f. prohibitoria, che richiamano implicitamente alla sua proprietà e lo costringono a provarla. « Le quali parole delle formole negatoria e proibitoria, così conclude, fanno sì, che sembri piuttosto agire colla *confessoria* che colla negatoria o proibitoria, poichè, così dicendo, si afferma *dominus* e può vietare all' avversario di usare e fruire della cosa (3). Ma di nuovo nello sch. 21 [ad fr. 3 § 14 D. 43, 16] Bas. 60, 17, 9 (Hb. V, 585) si ritorna al significato comune di a. confessoria. Tanto il fr.°, che il testo dei Basilici non vi accennano, ma nello scolio è spiegato il « vindicare ù. f. » come un agire colla confessoria (« s. p. mihi ius esse u. f. »), mentre la negatoria, si aggiunge, è l' azione negativa, quella, cioè, per cui alcuno afferma « si paret illi ius non esse u. f. » (4).

Una speciale menzione merita infine l'opuscolo greco *de actionibus* edito dallo Zachariae (5). Il § 31 di questa ed.

D. 41, 1; Pomp. fr. 3 § 2 D. 19, 1; Ulp. fr. 10 § 1 D. 41, 3; cfr. Perozzi *Ist.* I p. 308 e n. 3). Quanto alla Publiciana delle servitù, « patientiam tuendam constat », « per traditionem constitutis », la mancanza di « de » avanti a « servitutibus », la successione « itemque » — « item », mi sembrano dimostrare chiaramente l'intervento dei compilatori.

(1) Bas. 16, 6, 5, l. sch. 6; Suppl. Zach. Hb. VI, p. 113.

(2) Cfr. i versi della sinopsi di Psello citati a p. 527 note.

(3) ..... και δοκεῖ διὰ τοιούτων ῥημάτων κομφεσσόριον μᾶλλον ἀλλὰ μὴ νεγατόριον κινεῖν, ὅτι λέγων τοῦτο δεσπότην φησὶν ἑαυτὸν καὶ δύνασθαι κατὰ νόμον κωλύειν τὸν κεχρῆσθαι τὸν ἀντίδικον.

(4) Διὰ τῆς κομφεσσορίας ἐν ῥὲμ λέγων · εἰ φαίνεται κ. τ. λ. καὶ αὕτη μέν ἐστιν ἀνομολογητική· ἀρνητικὴ δέ ἐστιν ἡ νεγατορία, ὅταν λέγῃ τις · εἰ φαίνεται κ. τ. λ.

(5) Zeitschr. Sav.-Stift. 14 p. 88 segg.

suona : Περὶ ἐκδικητέας δουλείας τὴν in rem confessoriam, (ἀγωγὴ ἀπαιτοῦσα πρᾶγμα ἥτις κατὰ νεμομένων ἁρμόξει) περὶ δουλείας κινουμένη..... περὶ σωματικῶν μόνων ἡνίκα λέγω · εἰ φαίνεται τόνδε τὸν ἀγρὸν εἶναι τῆς ἐμῆς δεσποτείας (1) = « De servitutis vindicatione, in rem confessoriam [actio qua res petitur quaeque adversus possessores competit] de servitute. Hac actione experimur..... de rebus corporalibus tantum, cum dico si paret hunc agrum esse meum ». Lo Zachariae (p. 95), il Ferrini ed il Brugi (2) concordano nell' ammettere che il testo originario di questa operetta appartenga ad un tempo anteriore, benchè di poco, a Giustiniano, nè io certo oserei contraddire all' opinione di questi insigni maestri, e quand anche vi appartenesse il nostro §, in nulla esso contrasterebbe alla tesi dell' uso non classico del vocabolo *confessoria* in questo senso, giacchè, naturalmente, non furono i compilatori ad inventare questo appellativo per la vind.° rer. incorporalium, ma in ogni caso dovettero trovarlo in uso nella pratica o nelle scuole. Se il Fehr., nel sostenere la sua tesi dell' interpolazione di « hypotheca » e di « hypothecaria » non si arretra innanzi ai passi del Cod. teod., (L. 1 c. Th. 4, 14 a.° 424), degli scolii sinaitici, di Ambrosius (2ª metà del sec. IV), e delle Origines di Isidoro (3), che dovremo dire noi per una testimonianza che in ogni caso non risalirebbe che di qualche decina di anni avanti Giustiniano? Non posso, per altro, tacere che gli esempi addotti dai citati scrittori non mi appagano interamente; si può, p. es., dubitare se alcuno traccie pregiustinianee che essi avvertono non dipendano da ignoranza del primo autore dell' operetta, che avrebbe sfruttato con scarso criterio fonti più tarde, ed, in particolare l' indice teofilino; così, circa la menzione dell' a. rei uxoriae e l' a. ex stipulatu,

(1) Ho chiuso fra parentesi la parte, che, secondo Z., fu aggiunta più tardi, e che costituisce una zeppa scorrettissima.

(2) Ferrini, Rend. ist. lomb. Ser. II Vol. 26, fasc. 18-19, p. 1 segg., p. 4 segg. [estr.] II; Brugi *o. c.* p. 286, p. 290 segg.

(3) *Beiträge z. L. v. röm. Pfandr.* p. 46, n. 33, p. 22 n. 38, p. 33. Quanto agli scolii sinaitici (5 i. f.), poichè in essi non si sogliono tradurre i nomi delle opere dei giuristi citati, questo già farebbe dubitare che il titolo del lib. sing. di Marciano « ad form. hypothecariam » non sia genuino, come il F. sostiene.

come fossero ancora in uso, cfr. Theoph. 4, 6, 29; circa l' a. furti oblati che doveva essere caduta in disuso già da un tempo anteriore alla compilazione, cfr. Theoph. 4, 1, 4. Quanto alla distinzione della controversia de fine [5 pedes] e quella de loco [come rivendicazione], la distinzione è fatta anche in altri testi bizantini (1) ed è tuttora sub iudice l' antica questione se essa sopravvisse a Giustiniano (2); quanto all' a.° neg. gest. contro il curatore occorre pur tener presente che un « a.° neg. gest. » almeno « utilis » contro il curatore è riconosciuta anche in testi giustinianei (3) e dove le fonti non offrivano un dato sicuro, queste sottili distinzioni potevano ben sfuggire al suo pensiero. Anche le indicazioni e le spiegazioni circa l' a. generica in factum, l' a. praescr. verbis e la condictio ex lege mi sembrano tratte direttamente o indirettamente da fonti giustinianee (cfr. fr. 1 pr., 2, 3, 5 D. 19, 5, ecc.; fr. 1 D. 13, 2; e i passi di Teofilo, di Taleleo, di Stefano, citati dal Brugi, negli Studi *cit.* a p. 299 segg.). Nè altrimenti io penserei riguardo all' equiparazione dell' « a. utilis l. Aquiliae » e dell' « a. in factum », malgrado il § 16 I. 4. 3. Forse anche più grave potrebbe essere l' argomento tratto dalla menzione della Serviana in rem (§ 5), come azione ipotecaria generale (4), benchè anche il termine « Serviana in rem » non provi molto per la classicità della fonte. Ma d' altra parte occorre osservare che al tempo giustinianeo, se non anche ad un tempo più tardo, vanno riferiti i §§ 32, 34, 35, come giustamente ha osservato Ferrini (p. 2 segg.) (5), oltre la fine del § 20 (6), e quì non si tratta più di aggiunte intercalate in un testo più antico, e al tempo posteriore a Giustiniano probabilmente va riferito anche l' infelicissimo § 30 e fors' anche il § 33, di guisa chè il nostro § ver-

(1) V. gia Cuiac. *Opp.* VII, 752, VIII, 726, Prati.

(2) Girard *Manuel*[5] p. 631 n. 3, p. 633 n. 3; Brugi *Dottr. giur. degli agrim. rom.* p. 218.

(3) Alibrandi *Opp.* I p. 583 segg.

(4) M. Fehr *o. c.* p. 48 segg., p. 51 n. 7.

(5) Circa il § 35, cfr. Segrè *trad.* Glück, tit. VI, 3, § 616 n. *r*, p. 606.

(6) Zachariae *o. c.* p. 96.

rebbe a trovarsi inserito in un gruppo appartenente al periodo giustinianeo o postgiustinianeo. E non mi parrebbe punto ardito supporre che anche questo § vi appartenga, tanto più se si consideri la coincidenza, che si può ben dire letterale e tale che difficilmente può essere fortuita, di questo § col testo di Teofilo (cfr. Theoph. 4, 6, 2, ed. Ferrini p. 415 ll. 10-16; p. 416, ll. 19-24; p. 417 ll. 6-11) (1). Data quindi l' assoluta rispondenza di questi testi, non parla affatto per un' età più antica l'apparente menzione della formula petitoria della rei vind.° Infine debbo aggiungere che il contrapposto dell' « a.° confessoria de servitute » colle « res corporales » non permette il dubbio, che sotto il nome di servitus s' intendano quì anche l' usufrutto e diritti analoghi, il che, mentre conferma l' esclusione dell' ipotesi, già inverosimile per sè stessa, che tale appellativo fosse riservato alla rivendicazione delle servitù prediali ove si dovesse ritenere il testo anteriore a Giustiniano, conferma per un altro verso la sua connessione col diritto giustinianeo, a cui appartiene l' ufficiale assunzione dell' usufrutto nella categoria delle servitù.

Da questi ed altri passi (2) appare evidente la tendenza dei giuristi bizantini ad usare la parola « confessoria » anche dove essa non si trova nel testo commentato; questo vocabolo, come l' altro di « prohibitoria », malgrado la sua latinità, si era fatto strada nell' uso della scuole e della pratica (3), quando colla decadenza degli studi era più sen-

---

(1) Al confronto con Teofilo aveva del resto già rinviato lo Zachariae (p. 90 n. 2), e col sussidio di quello potrebbe forse integrarsi la lacuna dopo κινουμένη col supporre che vi si dicesse che si può agire *negatorie* per le servitù e *confessorie* invece solo per le res corporales, il μόνων potrebbe essere stato trascritto per errore invece di μόνον.

(2) P. es. Anon. (ad fr. 7 D. 7, 4 : Suppl. Zach. IIb. VI, 103) ... τὴν κομφεσσορίαν κινεῖ (cfr. fr. 71 D. 7, 1 : fr. 14 D. 8, 6); sch. 6, 7 B. 42, 1, 19 (ἤτοι τὸν περὶ δουλείας κομφεσόριον τύπον (ad fr. 19 § 3 D. 5, 3); *ibid.*, sch. 7 (νεγατωρία ἢ κομφεσσορία (Hb. IV, 205).

(3) V. il citato opusc. greco *de actionibus*, § 31 (Zachariae *o. c.* p. 97); le glosse latino-greche e i versi della sinopsi di Psello, di cui è parola a p. 529 note; Ferrini *Sull' esist. della form. proh.* Studi giur. e stor. per l' VIII centen. dell' Univ. di Bologna p. 92 segg.

tito il bisogno di volgarizzare il linguaggio più elevato dei giuristi classici.

Nei bizantini, conforme alla compilazione giustinianea, il vocabolo « confessoria » è usato di regola per la vindic.° delle « res incorporales », ma qualcuno di questi (Teofilo) dal suo significato generico di affermazione del proprio diritto trae motivo per applicarlo indifferentemente anche alla vind.° rerum corporalium. Per altre azioni in rem (hered.ˢ petitio, a.° de superficie, a.° in rem vectigalis (nei bizantini : emphyteuticaria); a.° hypothecaria) il vocabolo non pare che abbia trovato ugualmente applicazione (1). Ciò per le ultime azioni citate si spiegherebbe facilmente considerando che per i bizantini tali diritti non s' inquadrano precisamente nelle categorie dei σωματικά, nè degli ἀσώματα (servitus, usus fructus) e si fanno valere mediante azioni che non esprimevano l' affermazione di un proprio diritto sul una cosa, anche a prescindere da ciò che non esisteva riguardo ad essi un' a.° negatoria; quanto alla hered. petitio, oltre a queste ragioni, vi era quella che il suo nome, prima usato dai bizantini stessi in forma latina, poi tradotto con parole greche equivalenti, era ormai divenuto così tecnico, che il parlare di una confessoria hereditatis sarebbe sembrata per lo meno un' affettazione senza scopo; del resto anche per la *rei vindicatio* l' esempio di Teofilo non è seguito dagli altri commentatori.

Infine dall' esame dei citati passi si giunge al resultato alquanto singolare : che, mentre nei classici è negatoria anche l' azione con formola positiva quante volte si miri con essa in sostanza a negare il diritto dell' avversario (2), i bizantini in base al concetto che « confessoria » è l'azione quando esplicitamente o anche implicitamente si afferma il proprio diritto sulla cosa (la pertinenza della res incorporalis, o della res corporalis) giungono alla consequenza opposta, che, cioè, anche la negatoria è implicitamente una

(1) Non posso per altro affermare di aver fatto una ricerca esauriente.

(2) Che nel fr. 4 § 7 D. 8, 5 (su cui v. p. 524, note) si tratti di a. negatoria è confermato dai Basilici (Suppl. Ferrini-Mercati, ad h. fr. Hb. VII p. 143).

confessoria. Questo pensiero è ripetutamente espresso, come si vide, dallo stesso Teofilo e di nuovo in Stefano.

3. Comunque sia dell' estensione del significato del l' uso della voce confessoria dai Digesti ai bizantini, risulta manifesto che il punto di partenza gli è quello che con tal voce si vuole significare l' *affermazione* del proprio diritto sulla cosa. Nè è possibile ammettere che i giuristi classici, dato, per ipotesi, che si fossero serviti di tale vocabolo, lo intendessero altrimenti ed i bizantini ne abbiano frainteso il significato. Non parrà superflua l' osservazione, quando si consideri che da filologi e giuristi si è tentato di spiegare altrimenti tale voce, almeno nei giureconsulti classici. Per vero il Vicat, il Forcellini, il Bonfante (1), evidentemente indotti da gravi ragioni linguistiche (2) vogliono riconnettere anche quì il significato di « confessoria » alla « confessio ». Per essi « conf. actio » si direbbe appunto tale azione, perchè si chiederebbe con essa al convenuto di confessare (Forcellini) o si miserebbe con essa a far confessare (Vicat, Bonfante) al convenuto l' esistenza del diritto dell' attore. Già però il Bonfante e il Pampaloni, come si disse, ritengono, e giustamente, interpolato tale vocabolo a proposito della

---

(1) Forcellini, *h. v.* « *Confessoria* actio, cui opponitur *negatoria* apud I C. est, *qua petimus* ab alio, qui ius nobis competens auferre conatur, *ut confiteatur tale ius ad nos pertinere*, nosque in ea possessione relinquat ». Uguale interpretazione, benchè data in modo infelice e contradditorio, è quella riprodotta nel Vicat *Voc. iur.* h. v. « confessoria a.° de servitute competens, *datur* ei cui ius servitutis competit in re aliena, in dominum huius rei, *ad hoc ut confiteatur* is, servitutem in re sua competere... dicetur autem *c. a.°* quod actor asserat dari (*sic*), competere sibi servitutem velitque ut reus confiteatur servitutem ». Tale spiegazione non è data invece nel Thesaur. l. l. (*h. v.*), che si limita a menzionare le due accezioni di confessoria actio, in questa azione cioè, e nell' a. l. Aquiliae. Bonfante, Ist.^{4} p. 304 : « L' azione costituita a tutela della servitù dicesi azione confessoria, in quanto è diretta *a far confessare* al proprietario che esiste un diritto di servitù sulla cosa sua, o anche *vind.° servitutis* ».

(2) Non sfuggite interamente anche agli antichi, come già dimostra il passo citato di Vicat, e Calvinus *Lexic. iurid.*, h. v., il quale dopo aver dichiarato che « *c.° a.°* cui opponitur *n.* dicitur *quasi adsertoria* iuris et servitutis », soggiunge « cuius vindicandae gratia confitemur, intendimus apud iudicem. *Habet enim hic verbum istud, confiteri, emphasin et vehementiorem pro subiecta materia significationem, quam alibi* rell. ».

vind.° u. fr. (fr. 5 § 6 D. 7, 6), e non di meno, se tale ne fosse il significato nei giuristi classici, non vi sarebbe motivo per ritenerlo interpolato per l' usufrutto più che per le servitù. D' altra parte, se sono veramente molto significanti questi giusti scrupoli ad attribuire, come si usa, ad azione « confessoria » il significato di azione affermativa del proprio diritto, tale duplex interpretatio (a questa infatti saremmo necessariamente condotti) non resiste alla critica.

Anzitutto, azione o formola conf.ª sarebbe quì quella, in genere, con cui si mira ad ottenere una *confessio*, non già la formola speciale che deriva dall' avvenuta confessio, come è appunto nel caso della formola che pende dalla confessio nelle azioni « quae infit. duplantur ». Questo è già un argomento non lieve contro l' uso del vocabolo in tal senso. D' altra parte, se così fosse, non si sarebbe dovuto usare tal voce per significare soltanto la rivendica delle servitù e, poniamo, anche dell' usufrutto, ma anche le altre actiones in rem, in particolare la rei vindic.°. Infatti l' unica spiegazione, a parer mio, giuridicamente possibile per l' uso di tal voce in questo senso, dovrebbe essere quella, che nel diritto classico più avanzato la confessio in iure rendel inutile ed vaiminava la *pronuntiatio* « rem actoris esse » del iudex, per cui ormai doveva essere data una formula nella quale gli si ingiungeva (ove non seguisse la restitutio arb. iudicis) di procedere nella condanna per il « quanti ea res erit », e lo stesso sarà stato ormai anche per le azioni reali relative all' usufrutto e alle singole servitù (1), sia pure che per la negatoria, a questo effetto, il riconoscimento dovesse estendersi anche al riconoscimento della proprietà del l'attore. Ma contro tale spiegazione si affollano le obbiezioni. Il vocabolo « confessoria » è attribuito dai bizantini senz' altro alla *formula* d' ogni vindic. servitutis, indipendentemente dal fatto se segua o no in iure la confessio, e se come azione potrebbe denominarsi « confessoria » quella che è data, sia che il convenuto confessi o non confessi, come

(1) Fr. 6 § 2 D. 42, 2 : v. *retro* p. 524 note. Cfr. da ultimo Kipp. Pauly-Wissowa's R. E. v.° *confessio*, IV, 866.

formula potrebbe chiamarsi tale quella soltanto che segue alla « confessio ». Inoltre, non soltanto nei pochi passi in cui si trova parola di a. confessoria e di negatoria (negativa), la negatoria non è detta « confessoria », ma questa voce non è adoperata affatto ad indicare la rei vind.°, per la quale invece avrebbe dovuto trovare la sua prima e principale applicazione. D' altra parte, si potrebbe comprendere tutt' al più come tale azione potesse chiamarsi « confessoria » per qualche vantaggio che dalla confessio derivasse al convenuto, ma ciò non è; infatti salvo l' equiparazione di quella alla pronuntiatio, le altre conseguenze rimanevano ferme, fra le altre, quella della determinazione della condanna in base al iusiurandum i. l. dell' attore, se il convenuto non obbedisse all' arbitratus iudicis (1). E poichè non potrebbe trovarsi la spiegazione del vocabolo in un particolare vantaggio del convenuto bensì nella sostituzione della confessio alla pronuntiatio, ci si potrebbe domandare perchè tale nome non sarebbe stato attribuito insieme, anzi piuttosto alle azioni in cui la confessio ha conseguenze anche più rigorose, e. gr., all' a.° pec. certae creditae. Infine, non crediamo nemmeno che valga la pena di soffermarsi sull' ipotesi, che l'aggettivo possa spiegarsi dagli effetti della mancante contravindicatio nella l. a.° sacramento; contro tale ipotesi alle ragioni anzidette altre se ne aggiungono non meno gravi. Sarebbe singolarissimo che tale aggettivo, che tutto dimostra essere di conio recente, fosse entrato nell' uso in tempo così remoto, e d' altra parte è assurdo il pensare che sia stato introdotto dai giuristi, come reminiscenza storica; inoltre non occorreva una confessio espressa, ma occorreva che il convenuto non contravindicasse; infine, poichè la confessio, così intesa, era possibile tanto nella rivendica della servitù, come nell' a. negativa (infatti l' in iure cessio trovava luogo in entrambi i riguardi) anche questa avrebbe dovuto chiamarsi confessoria. Nè meno infondata sarebbe l' ipotesi, se si volesse trovare la derivazione di tal nome dalla procedura per sponsionem, come lo sarebbe

(1) Fr. 5 pr. D. 12, 3,

l' altra, che la sua coesistenza colla procedura per f.am pet.am avesse contribuito a conservare accanto alla parola *petere*, la parola *vindicare* sia nella *r.v.*°, sia nelle altre a.s in rem; infatti noi vediamo usato indifferentemente, a proposito della stipul.° pr. p. l. et vindiciarum, si « rem petere », come « vindicare ». Nessuna ragione speciale si presenta per ricollegare il vocabolo in questione a questo, piuttosto chè all' altro processo. Non soltanto i testi ove si trova « confessorria » non potrebbero lasciar sussistere dubbio alcuno sul suo uso generale, ma poi tutte le ragioni che stanno contro il riferimento al processo per f.am pet.am, se si volesse spiegare tale vocabolo in relazione all' eventuale confessio, stanno anche contro il riferimento al processo per sponsionem; chè anzi l' inverosimiglianza quì si aggrava per la maggiore antichità della proc. per sponsionem.

Parmi quindi di poter concludere essere esclusa l' ipotesi che i giuristi classici potesse aver adoperato in tal senso il vocabolo « confessoria » per la vindicatio dell' usufrutto e delle servitù, e che i bizantini ne avvessero frainteso il significato. Ed è quindi riconfermato che chiunque abbia usato per primo tale vocabolo per la rivendicazione delle *res incorporales*, non può averlo usato se non nel senso che gli danno i compilatori e gli interpreti bizantini : quello cioè di azione o formola, con cui si *afferma* la pertinenza di un diritto.

4. Ciò posto, è affatto inverosimile, a mio avviso, che in tal senso il vocabolo sia già stato usato dalla giurisprudenza classica, ed è altrettanto verosimile, invece, che siasi cominciato ad usare nel periodo postclassico come appellativo antitetico all' a.° negativa, denominazione questa, che alla sua volta era stata appunto introdotta per mettere in rilievo il suo carattere antitetico all' altra *vindicatio* dei *iura*. Non sarà difficile il dimostrarlo.

Un grave argomento in favore di tale opinione già è fornito dalla locuzione « confessoria actio, o c. formula » per l' a. in simplum l. Aquiliae (1). Potrebbe certo domandarsi

(1) Fr. 23 § 11, fr. 2 § 1 D. 9, 2.

non senza qualche ragione, se tale voce anche quì sia genuina, se si considera la tarda introduzione della voce *confessor* nel latino letterario (1). Il dubbio sembrerebbe in apparenza tanto più giustificato poichè l' uso di tale locuzione sarebbe già attribuito a Giuliano (fr. 23 § 11 cit.), come, per converso, con tale nome, con o senza aggiunta di « in rem actio », già apparrirebbe designata da Pomponio la rivendicazione delle servitù. E se dovesse negarsi la sua genuinità per l' « a.° quae in confitentem competit », tanto meno potrebbe ammettersi là dove, non di *confessio*, cioè, tecnicamente, di una dichiarazione concessiva si tratta, bensì di una dichiarazione in senso opposto.

Tuttavia, malgrado il tardo uso della parola « confessor » nel latino letterario (2), io *propenderei* a ritenere che la parola

---

(1) V. n. 2.

(2) Mentre « confessorius » (v. n. 1, p. seg.) è affatto ignoto alle fonti non giuridiche dell' età classica e postclassica, il primo esempio sicuro di confessor si ha in Tertull. adv. Prax. 26 (confessores et negatores suos); meno sicuro è l' altro esempio di Tertull. Scorp. 11 (« confessores » o « confessuris »?). In ogni caso l' uso sarebbe posteriore al 202 d. Cr. (Teuffel-Schwabe, II^5, p. 941). Più tardi la voce s'incontra in Lattanzio (la citazione però è tratta dall' opera « de mort. persecut. » che è incerto se gli appartenga), Ieronimo, Prudenzio, Paulino di Nola, Leo Optatus, Sid. Appollinare ecc. (Thesaur. l. l., *h. v.*). In questi scrittori cristiani è manifesta la transizione dal significato concessivo di confessor (qui [fidem] confitetur), come di « confessio » « confiteri » (v. *infra*) a quella di chi dimostra con importanti testimonianze, anche sottoponendosi ai tormenti e si fa banditore della fede. Già presso i grammatici per la povertà degli aggettivi atti ad esprimere una dichiarazione positiva, si trova usata la parola « confessivus », ma con significato incolore prossimo al riconoscere (Fl. Caper de orthogr., *gramm.* VII, 105, 9 « confessiva fit vox ex duplici voce abnegativa, ut non nolo, ostendo enim me velle »; sull' età di Fl. Caper e sul rapporto di questo scritto colle opere originali di questo grammatico : Teuffel-Schwabe, II^5, p. 862 seg.; cfr. *confessive* in Gloss II, 383, 27 = ὁμολογουμένως, sane, enimvero; v. Thesaur. l. l., *h. v.*); cfr. Ael. Donatus ad Ter. Adelph. prol. 4 dove si mette in rilievo, a proposito di « indicare » = crimen deferre e « confiteri », la differenza (*indicat* qui de se volens aliquid et de aliis etiam prodit : sed *confitetur*, qui *de se* tantum, *et qui invitus*, mentre poi « indicativus » come termine grammaticale non ha un valore particolare. — Per la rivendicazione dei *iura* si comprenderebbe più facilmente l' uso dell' aggettivo « adfirmativa », che già esisteva, almeno come termine grammaticale, o che sull' esempio di « adfirmator » (già usato in Ulpiano, V I R. *h. v.*) si fosse foggiato l' aggettivo « adfirmatoria ». Del resto, va notato che i giuristi romani non dimostrano alcuna tendenza a mutuare il linguaggio tecnico giuridico da termini foggiati dai grammatici, salvo, natu-

« confessoria » nei passi relativi all' a. l. Aquiliae appartenga già al linguaggio giuridico tecnico delle fonti classiche (nel qual territorio pare essere sempre rimasta), sia perchè i due citati passi nella parte che quì interessa (1) non presentano traccie abbastanza visibili d' interpolazione (2), sia perchè non è senza altro esempio che l'aggettivo verbale sia penetrato nell' uso degli scrittori prima ancora che vi penetrasse la forma verbale primaria, a cui corrisponde. Solo con qualche riserva citerei al proposito « obligatorius »,

---

ralmente, il caso in cui il richiamo a questi sia necessario : pr. es., circa le formole usate nei testamenti.

(1) Per vero i lessici anteriori (Forcellini, Ducange-Favre) danno anche la voce « litterae confessoriae » (= quas confessores, seu Christi martires, lapsis dabant, quibus pacem ab episcopis acciperent cet.), ma il Thesaur. l. l. non registra la voce a questo punto, ma sotto « communicatorius » poichè nel testo relativo (Eliberit. concilium [a. 305 d. l.] Mansi 2, 47, 2) accoglie la lezione « confessionis », anzicchè « confessorias ». Si trova poi anche « confessorium » — i, = sepulchra martyrum, in senso, cioè, correlativo a quello acquistato anche da « confessio » (Ducange, s. v. « confessio »).

(2) Fr. 23 § 11 D. 9, 2 « Iulianus scribit cessare Aquiliam, quamvis confessus sit occidisse, hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere eum occidisse »; fr. 25 § 1 D. eod. « si procurator, aut tutor, aut curator, aut quivis alius confiteatur aut absentem vulnerasse, confessoria in eos utilis actio danda est ». Riserbandomi l' esame più approfondito di questi passi in altro luogo, osservo quì soltanto che nel secondo passo le alterazioni che ha certamente subite [v. intanto l' ediz. Krüger 11-12 e l' ed. ital. ad. h. fr.) non riguardano l' ultimo brano. Quanto al primo fr. cfr. il passo parallelo di Paul. fr. 30 pr. D. 12, 2 « Pedius ait..., abunde enim sufficere exonerare petitorem probandi necessitate » (a propoposito di « un a.° che infitiando crescit », mentre la relativa a. de iure iurando è in simplum). Se si dovesse col Beseler (*Beitr.* II p. 116 segg.) trarre argomento di sospetto anche quì dalle locuzione « necesse habere » (benchè il B. non citi questo passo e debba quindi credersi che, malgrado ciò, egli non la ritenga sospetta) si potrebbe dubitare della sua genuinità. Ma, per vero, l' uso della frase in Gai. III, 206, Paul. V, 33, 2; Coll. II, 6, 2 già citati dal B. a cui può aggiungersi l' oratio Claudii de hon. Gallis dando, c. I, l. 14 (Bruns Fontes[7] p. 196; Riccobono *Fontes*, p. 228) consiglia, a mio avviso, una grande cautela (altrimenti, ben inteso, per la locuzione « necessitatem habere » : al quale proposito, ricorderò, tra gli altri, il fr. 30 D. 35, 1, a mio avviso itp.). Anche l' uso di « enim » o « etenim », o « nam », o « namque » colla proposizione indiretta, all' infinito, che si trova nei due passi, è prettamente classico : Liv. 3, 50; 33, 30 e 31; cfr. fra i nostri testi i Fr. Vat. 75, 4 ° 5; Lab.-Ulp. fr. 3 § 11 D. 15, 1; fr. 1 §§ 22, 23 D. 39, 3; Paul. fr. 13 § 7 D. 49, 14; Paul fr. 2 D. 8, 6, Venul. fr. 52 pr. D. 41, 2. — « Abunde sufficere » nel fr. 30 pr. cit. è un « unicum » (V I R v. *abunde* : circa satis abundeque [sufficere] nelle fonti classiche e in Giustiniano, v. Peters, Z. Sav. Stift. 32 p. 249 e n. 1).

mentre manca « obligator », poichè si è sospettato che non sia genuino, nei tre luoghi in cui si trova (1). Ma noi vediamo ancora, che mentre, ad es., accanto a « restitutorius », « secutorius » è già usato nella letteratura dell' età aurea « restitutor », « secutor », invece l' uso di « prohibitorius » ha preceduto quello di « prohibitor » nei testi pervenutici (2), che « tributor » si trova soltanto nella traduzione latina dell' Ἐ Τρισμεγίστου βίβλος, falsamente attribuita ad Apuleio di Madanra (3), che accanto a « rescissorius » mancano esempi di « rescissor », e che se l' aggettivo « negatoria », usato solo nei testi giuridici, per indicare l' azione del proprietario contro l' usurpazione di servitù o di usufrutto, già appartiene al linguaggio dei giuristi classici, invece il primo esempio di « negator » negli scrittori ci riporta ad un tempo posteriore all' età adrianea (4). Occorre del resto aver presente che le fonti pervenuteci non sono se non scarsa parte dell' intera letteratura, e che in ogni modo, non è strano che entri nell' uso degli scrittori la forma secondaria, prima od anche senza che vi entri quella primaria, che, tra l'altro, acquisti cittadinanza nel linguaggio scritto e particolarmente in quello tecnico della giurisprudenza e dell' editto e questa rimanga confinata nell' uso del linguaggio popolare e non scritto, ed, eventualmente, vi rimanga anche dopochè quella sia entrata nell' uso degli scrittori.

---

(1) Gai. fr. 2 § 6 D. 17, 1 = § 6 I. 3, 26 [con lievi varianti], senza riscontro nei passi paralleli delle sue Ist. (III, 155-157). Ciò ha suscitato qualche sospetto : Mancaleoni *Mandat. t. gratia*, Riv. it. sc. giur. 27 p. 385 segg. ; cfr. *Contrib. alle interp.* p. 8 n. 3; Segrè *Conc. del neg. giurid.*, Riv. cit. 30 p. 68 n. 131 [estr.]. C.ª però, Ferrini *Fonti delle ist. di Giust.*, Bull. ist. dir. rom. 13, p. 182.

(2) « Prohibitor » si trova dapprima in Apuleio di M., poscia in Arnobio e in Ammiano (Forcellini *h. v.*).

(3) Forcellini, *h. v.*, Teuffel-Schwabe, II[5] § 367 n. 8.

(4) Il passo più antico cit. in Forcellini sarebbe Tertull. adv. haereses 11, ma quest' opera non è autentica, bensì l'altra, a cui questa si trova aggiunta nelle più antiche edizioni, « de praescr. haereticorum » : Teuffel-Schwabe II[5] § 373 n. 5. Però la voce si ha già in Tertull. de idol. 23 extr. (litterae negatrices). In tempo più tardo troviamo il vocabolo in Prudenzio, Sidonio e Alcimo.

Certo dà a pensare, che di « confessor » si trovino soltanto esempi nella letteratura ecclesiastica dalla metà del 2° secolo in poi, mentre sarebbe nell' uso già prima, come termine giuridico, l' aggettivo « confessorius ». Ma anche ciò non sarebbe senz' altro esempio. Così, p. es., « dimissor » è un termine della letteratura ecclesiastica, che troviamo usato nel senso di colui « qui dimittit et veniam dat » da Tertulliano e da Augustino (1), mentre la letteratura giuridica già conosce il termine tecnico di « litterae » o « libelli dimissorii » (2).

Tutto considerato, non vi è dunque ragione sufficiente per escludere che la locuzione « confessoria » con « actio » o con « formula » sia già stata adoperata dai giuristi classici e anche da quelli del primo periodo imperiale. Ma appunto, l' uso di questa in tal senso, esclude, oserei quasi dire, matematicamente, che essa possa essere stata adoperata dagli stessi giuristi in un altro senso, opposto al primo, tanto più se si consideri come la locuzione stessa fosse ben appropriata ad indicare la formula data contro il confitente, contro il « confessor », in piena corrispondenza col significato di questo termine, prima che, come si vide, si venisse alterando nell' uso della letteratura latina patristica. Per vero vari quesiti intorno al tema di questa formole « in simplum » non hanno avuto ancora una soluzione in tutto tranquillante, malgrado i pregevolissimi contributi, specialmente del Demelius, del Lenel e del Wenger (3), in particolare circa l' esistenza, il carattere, la struttura di ciascuna di queste in relazione alla formola in duplum per litiscrescenza, circa le azioni utili in caso di rappresentanza processuale del convenuto, circa le affinità e le differenze

---

(1) Forcellini, *h. v.*

(2) V. I.R. *h. v.* — Invece « communicator » si nel senso di partecipe, come di chi partecipa e « communicatorius » (c. litterae) appaiono entrambi per la prima volta nella letteratura cristiana.

(3) Demelius *D. confessio* p. 181 segg.; Lenel *Ed.*[3] pp. 183 segg., 335; 427 segg., 211; Wenger *Z. L. d. a. indicati* p. 18 segg. V. anche Savigny *Sistema* [trad. Scialoja] VII p. 25 segg.; Thomas, Nouv. Rev. histor. 1903 p. 579 segg.; Salkowski-Glück, B. 49 p. 584 segg. V. ora anche Arangio Ruiz *Le formule con demonstratio*, p. 45 segg. (lavoro giuntomi quando questo era già in bozze).

della « confessio » in queste azioni e le « interrogationes in iure », circa il tenore delle singole « confessiones », circa il punto se e in quanto l' esistenza e i presupposti formali della « confessio » potessero essere nuovamente discussi *in iudicio*. Ma pur fra i dubbi e le controversie non poche cui dà luogo esame di questi ed altri punti, rimane fuori di discussione che la formola confessoria dell' a.° l. Aquiliae, recasse o no la menzione della confessio, non è in ogni caso che una modificazione della formola comune, concessa in seguito alla confessio del convenuto « se Stichum occidisse », per cui mentre l' attore era liberato dalla prova « eum iniuria occidisse », il convenuto si liberava alla sua volta dalla litiscrescenza e che a parte la varia struttura delle formule anche nelle altre azioni « quae infitiatione duplantur » iudicati, depensi, ex testamento per un legato per damn. di pecunia o res certa, la confessio aveva per effetto una condanna in simplum, e che invano i vecchi interpreti si affaticarono a ricercare perchè questa azione (e, analogamente, possiamo aggiungere l' a. iudicati, depensi, ex testamento) in simplum non si chiamasse « interrogatoria » ma « confessoria ». Pur volendosi concedere che il termine a.° o « formula » « interrogatoria » appartenga al linguaggio delle fonti classiche (1), basti osservare che mal-

(1) Confesso che qualche dubbio circa la sua genuinità suscita in me la locuzione « interrogatoriae act.^{s}, interr.^{a} actio ». Questa locuzione appare nella rubrica Dig. 11, 1, nel fr. 1 § 1 e nel fr. 22 D. (« quasi interrogatoria = interr.^{a} a.°). Anzitutto la rubrica risponde al concetto di raccogliere sotto questo titolo i vari casi di interrogationes e delle varie azioni interrogatoriae, mentre a questo punto l' editto ne considerava soltanto una specie (*an heres sit*), quindi la rubrica edittale non poteva essere così generica ed è anche dubbio, se vi corrisponda la prima parte dell' attuale « de interr. i. i. faciendis » (Lenel *Ed.*^{2} p. 140 n. 5). Nel fr. 1 § 1 « interrog.^{s} autem a.^{s} » è l' inizio di un brano notoriamente itp. L' elissi di « actio » nel fr. 22 può anche suscitare qualche sospetto e potrebbe forse esservi stato « quasi ex interrogatione ». Raro, del resto, è l' uso d' « interrogator » e « interrogatorius » fuori dei testi giuridici è indicato nel Forcellini per la prima volta in Tertulliano. Può essere che i giuristi classici non abbiano sentito il bisogno di qualificare le formole dipendenti dalle « interr.^{s} i. i. », o, eventualmente, dalle spontanee confessioni (nel fr. 9 pr. D. eod. veramente ci si attenderebbe, in luogo di « responderit » « dixerit » o « confessus erit ») con un termine collettivo apposito, mentre tale necessità si spiega per chi deve fare

grado alcune notevoli affinità coll' istituto delle interrogationes in iure, tuttavia tale azione non si imposta già sull' interrogatio, ma sulla confessio, sia questa spontanea o provocata, che insomma quì non trovava luogo un' interrogatio in senso tecnico, che era appunto nell' arbitrio del convenuto scegliere fra questa e l' eventuale litiscrescenza e che per venire alla conseguenza che la negazione o il silenzio dessero luogo a condanna in duplum, non c' era bisogno di limitare tale arbitrio coll' imporre al convenuto di « respondere » ad una « interrogatio » (1). In ciò sta appunto la particolarità di queste azioni : occorreva una « confessio » espressa e in certa guisa formale (che diveniva irrevocabile colla l.ª contestatio) per la concessione della form. in simplum; l' essere spontanea o provocata non aveva importanza : a tale azione o formola, e *soltanto a questa*, perciò, conveniva l'appellativo di confessoria.

5. Adunque, tanto nell' ipotesi che tale vocabolo non sia

---

un' osservazione generale circa queste azioni, come fa appunto Triboniano nel fr. 1 § 1 cit.

(1) In Paul. fr. 20 pr. D. 11, 1 « nec debet — respondit », non si usa *respondere* in senso tecnico, seppure il brano è genuino : al quale proposito, osservo, che se per buone ragioni stilistiche e sostanziali già il Pernice *Labeo* II², 1, p. 248 n. 6, ritiene dei compilatori il brano « nisi — vellet », per quanto la forma « nisi — tunc enim » si trovi anche, tra l' altro, in Paul. sent. IV, 14, 1, i dubbi, a mio avviso, cadono anche sulle parti precedenti. Credo anzitutto che Paolo mettesse soltanto a raffronto l' ipotesi dell' azione nossale e quella dell' az.° confess. l. A.; per il caso di chi risponda falsamente di essere erede Paolo non doveva essere di opinione diversa da quella di Proculo e di Giuliano (fr. 18 D. eod. : cfr. Demelius *Confessio* p. 283 segg.: Ribbentrop *Correalobligat.* p. 247 segg.); perciò stimerei itp. anche « vel — heredem » e « nam — est » (dove si noti il « fecit » per « occidit », ed anche il « vel vulnerasse » che salta fuori inopinatamente), inoltre il periodo « nec debet — respondit ». In tutti gli altri passi si parla di « confiteri, fateri », non di « respondere », e se per i casi di tecnica « interr.° i. iure » si scambiano, come è naturale, questi termini, non è, nè può essere così dove l' « interrogatio » non determina un obbligo alla risposta, e solo la confessio, non il silenzio dava luogo alla form. in simplum. Nemmeno parmi frase molto felice « delictum eius qui fecit », per « qui occidit »; infine è motivo particolarmente caro ai compilatori, quello che non debbano andare impuniti i delitti; esso fa il paio con l' altro « ne quis ex aliena iactura lucrum capiat », e col richiamo all' utilità in genere (Cfr. Segrè *Note sui legati*, Studi per Scialoja I p. 279 n. 2 e i passi ivi citati : inoltre fr. 18 § 1 D. 5, 1; fr. 51 § 2 D. 9, 2 [quod si — ero]; fr. 95 § 1 D. 46, 3 [sane — desiderabitur].

stato usato dai giuristi classici per la formola in simplum di queste azioni, come nell' ipotesi contraria che stimo più probabile, è affatto inverosimile che i giuristi classici lo abbiano usato per designare l' azione di rivendica dell' usufrutto o di una servitù. Tale conclusione trova riconferma, da un lato, nel senso in cui troviamo adoperato costantemente « confiteor » nei giuristi classici e nelle altre fonti, dell' età aurea, come del periodo successivo; dall' altro nel fatto che non vi ha altro esempio, che collo stesso appellativo siano denominate azioni o formole di carattere affatto diverso, od anzi, come sarebbe in questo caso, di tipo quasi opposto, poichè mentre nell' azione, o formola confessoria delle servitù (come la chiama Stefano) l' attore afferma il proprio diritto sulla cosa, nell' altra invece il convenuto confessa ossia riconosce, ammette la circostanza che determina la sua obbligazione ex delicto, e su tale confessio del convenuto si fonda la formola speciale concessa all' attore.

Quanto al primo punto, basta scorrere i passi del *Vocab. iur. romanae*, alle voci « confiteor », « confessio » (la voce « confessor » = « qui confitetur » manca), per convincersi tosto che non si trova un solo esempio nella giurispr. classica in cui tali voci abbiano il senso di « affermare in proprio favore, di pretendere un diritto », e seppure dal senso concessivo, per gradi, si perviene talora ad un significato neutrale o quasi incolore (come nel caso in cui si tratto di testimonianza di terzi), questa linea non è mai oltrepassata e non si giunge mai ad un significato antitetico a quello. Per la voce *confessio*, il suo significato concessivo risulta nettamente tanto dove è usata a proposito di *iudicia privata*, come se di *iudicia publica*. Non diverso è il risultato dell' esame, quanto al verbo *confiteri*. Ciò è manifesto anzitutto per i passi riferiti nel *Vocab.*[m] sub I A e C, e se, per i passi sub II, può sembrare un' eccezione, in ogni caso isolata, il « confiteri de suo iure » in Paul.-Anton. fr. 13 § 7 D. 49, 14 (1), il senso del passo non è quello che quì si tratti

(1) Et cum quis se nuntiet non capere, magis *confiteri de suo iure*, quam aliud (alium *edd.*) deferre videtur.

dell' affermazione del proprio diritto, bensì della *delatio*, *professio* riguardo alla deficienza del proprio diritto. Ma anche per i passi sotto I, B (*fere* = *profiteri*) non si viene a diverso risultato. Iav. fr. 61 i. f. D. 35, 1 « utpote cum is confitendo veram aestimationem praestare poterat » è uno dei passi in cui si allude alla conf. i. i. nel legatum p. d. di res certa, a cui si ricollega la formola in simplum (1); epistula — confitens in Scaev. fr. 31 D. 13 5 è appunto un documento ricognitivo di debito, nè senso diverso ha *confitetur* in Paul. fr. 25 D. 34, 3 e in Mod. fr. 20 § 1 D. eod., dove si tratta sempre di dichiarazioni in vantaggio altrui.

Anche in Diocl. L. 4 C. 6, 31, « confessio », « confiteri » è posto in relazione non coll' aditio, ma col repudio dell' eredità. Nel Codice Theod. troviamo altresì « confessio », in senso di *professio*, *responsio* (L. 4 C. Th. 9, 16 a. 357 « augurum et vatum prava confessio conticescat » (2). Ma anche quì, per quanto sia sensibile l' influenza della lingua e dello stile degli scrittori cristiani in questa materia, non si va più in là del senso di « *responsum* », mentre le « confessiones testium aut propriae » (*sc.* servorum) in L. 4 C. 9, 10 (a. 390) ricadono per certo sotto il significato comune concessivo o riconoscitivo.

Nelle costituzioni giustinianee l' esame del significato di queste voci (3) dà, se non erro, questi risultati. *Confessio* e *confessus*, in tutti i passi ove si trovano, hanno sempre il significato di riconoscimento, mai di pretesa, di affermazione in proprio favore. Lo stesso vale anche per *confiteri* (che, conseguentemente, significa anche dichiarazione di rinunzia (L. 29 pr. C. 2, 3; L. 3 C. 3, 10). Qui però noi vediamo adoperata anche tale voce a designare l' affermazione della propria fede, nello stesso senso in cui *confessor* e *confiteri* è usato nella

(1) Salkowski-Glück, B. 49 p. 601; cfr. p. 64 segg.; Kipp, Pauly-Wissowa's *R. E.*, h. v. IV, 866. [V. ora nello stesso senso : Arangio-Ruiz, *Le form. con demonstratio* p. 46]. Naturalmente il passo ha un diverso significato per diritto giustinianeo.

(2) V. Thesaur. l. l., *h. v.* sub A, I, b, 4; Ducange, *h. v.*

(3) V. l' indice dei passi recanti *confessio*, *confessus*, *confiteri* nel Vocab. del Longo, *hh. vv.*

letteratura patristica, e cioè come sinonimo di « palam adfirmare, praedicare, prae se ferre » (1).

Quale significato assumano queste voci nelle fonti letterarie pervenuteci, risulta dal *Thesaurus* e dagli altri lessici (Forcellini, Corradini, Georges, Ducange-Favre). Il significato concessivo e ricognitivo e l' incolore e neutrale di testimonianza propria od altrui è quello che appare costantemente nella letteratura latina non giuridica. Infatti noi troviamo *confiteri* (come *fateri*), oltrecchè nel senso proprio e originario (2), talora anche nel senso non tanto improprio, quanto piuttosto derivato di *indicare*, *prodere*, *ostendere*, a cominciare dai poeti dell' età aurea; e cosi, anche *confessus* aggettivo con significato passivo, nel senso di manifesto, incontroverso, e *confessum* sostantivo nel senso di cosa manifesta, certa, ammessa e riconosciuta da tutti (3). Soltanto presso gli scrittori cristiani le voci *confiteri*, *confessio*, *confessor* acquistano un senso che oltrepassa quello del semplice riconoscere, ammettere, attestare, dar a divedere e simili, ed equivale a « praedicare, palam adfirmare » i dogmi della fede, o più generalmente « ea quae ad fidem pertinent », per una transizione graduale di senso (riconoscimento; non negare; quindi confessione dalla fede anche fra i tormenti [martyrium = testimonianza]; *doctrina*, *fides confessa*); non se tratta mai in ogni modo di affermazione in proprio vantaggio materiale (4). Quindi, mai nelle fonti giuridiche del

(1) L. 8, §§ 14, 16, 18, 20, 22, C. 1. 1. Lo costituzione è diretta a Ioh. archiep. u. Romae et patriarcha. Nel § 16 è anche messa in rilievo l'analoga espressione proveniente dalla letteratura patristica greca (quod dicunt Graeci τὴν καθ' ὑπόστασιν ἕνωσιν ὁμολογοῦμεν).

(2) Al quale proposito ricordo la nota antitesi ciceroniana (pro Caec. 9) tra « confiteri » e « profiteri ». « Quid confitetur atque ita libenter *confitetur*, ut non solum *fateri*, sed etiam *profiteri* videatur, recuperatores ? ».

(3) Nello stesso senso, *confesse*.

(4) Riproduco dal Thesaurus l. l. i vari sensi di queste voci aggiungendo qualche esempio, e qualche osservazione ove sembri più opportuno :

Confiteor = I verbis : A generaliter = *concedo* ; B speciatim : apud christianos de religiosa fidelique confessione eorum quae ad sacra pertinent (Precursori, quanto questo significato più particolare : Cicero, De leg. 2, 29 « sacerdotes et respondendi iuris et confitendarum (*al.* conficiendarum) religionum facultatem adferunt » ; Curtius, Hist. Al. Magni 8, 5, 10 « si, quem intellexissent deum esse, confiterentur exigua turis inpensa tanta beneficia

diritto classico troviamo usate queste parole in senso tale che equivalga, o, almeno, si avvicini a quello che ha l' aggettivo *confessoria* adoperato ad indicare l' azione diretta *a far valere* un diritto su cosa altrui, nè danno diverso risultato gli esempi della letteratura non giuridica; solo negli scrittori cristiani, quando si tratta dell' affermazione di dogmi religiosi, queste voci hanno un senso che si avvicina d'assai a quello che ha ivi la voce *confessoria* : il che induce a credere che tale parola già avesse acquistato anche questo senso nell' uso volgare. Nelle fonti giustinianee troviamo entrambi i sensi, a seconda della materia, il che porta a ritenere che sull' esempio degli scrittori cristiani già si era, circa questi vocaboli, superata la barriera che divide il

---

pensaturi »). — 1) de fidei confessione 2) de laudis, gratiarum confessione ; II factis, donde il significato derivato = indicare, ostendere, prodere, *et sim.* — Significato corrispondente di « *confessus* », in senso attivo e passivo ; e del sostant. neutro *confessum* (in, pro, ex confesso) anal. *confesse* = sine ulla controversia).

Confessio, A) sensu profano I per verba a) generaliter = nel significato di riconoscimento b) speciatim 1) = figura rethorica 2) = theorema (Ambr., Abrah. 2, 11, 80) ; 3) = promissio 4) professio (è addotta, come primo esempio, L. 4 C. Th. 9, 16, a. 357 citata nel testo) = II per facta (in senso analogo a *confiteor* II factis], B) sensu ecclesiastico : I peccatorum = ἐξομολόγησις II fidei confessio, praecipue ea quae ad iudices paganos atque in tormentis fiebat, martyrium, deinde i. q. doctrina, fides confessa (Itala I Petr. 3, 15 ; Tertull., scorp. 8 ecc.) III de martyrum sepulchris (Avell. p. 514, 121, a. 515, Cassiod. var. 11, 2, 6 a. 533) IV laudis confessio, laudatio (Hilar. in psalm. 66, 6 post. a. 360 [laudatio Dei, in contrapposto alla c. peccatorum], ecc.) in senso derivato dalla « c. fidei » in genere.

Confessor = 1) de iis qui fidem aliaque ad religionem pertinentia confitentur (Tert. scorp. 11 *al.* confessuris) ; adv. Prax. 26 etc. ; graece = ὁμολογητής. 2) de iis quae peccata confitentur Deo (Aug. serm. 14, 2, 2 etc.) 3) sensu profano (Hegesip., Fl. Ios., de bello iud. v. lat. 1, 40, 9 [sec. IV] « confessor ausi parricidalis » ; Ruricius, epist. 1, 2 p. 353, 20 [episc. a. 485 + post 507] culpa... spontaneum confessorem) ; evidentemente anche in questa tarda età « confessor » qui è usato nel suo senso normale, come « peccata confiteri » nel senso ecclesiastico.

Confessorius = ad confessionem pertinens : v. gli gli esempi *retro* [n. 2 p. 552] oltre quelli dati da Teofilo. Il *Thesaurus* non dà spiegazioni circa il significato di a. confessoria dell' usufrutto, e delle servitù, e aggiunge *confessorie*, in Teofilo, e in Gloss. iurispr. cod. paris. gr. 1357 A. κομφεσσορίως · ὁμολογικῶς.

Confessivus = (unico esempio in Caper, Gramm. VII, 105, 9 : confessiva vox ex duplici voce abnutiva).

Confessive = ὁμολογουμένως ; sane, enimvero (Gloss. II, 383, 27).

concetto di confessione, riconoscimento, ed anche di affermazione senza colore particolare, ed il concetto di affermazione del proprio diritto, o, in genere, di qualche cosa che ci interessa, economicamente o moralmente, di affermare e vogliamo affermare.

6. D' altra parte, dicevo, è affatto inverosimile che con lo stesso nome fosse chiamata nel diritto classico l' azione in simplum dipendente dalla *confessio* del convenuto e la rivendica dell' usufrutto e delle servitù, dove tal nome dipenderebbe invece dall' affermazione del proprio diritto da parte dall' attore. E, posto ciò, non potrebbe cader dubbio sulla conclusione.

Noi non troviamo infatti nelle fonti classiche altro esempio sicuro in cui lo stesso appellativo tecnico, con significato diverso, od anzi, come nel nostro caso opposto, serva a designare più azioni od interdetti ad un tempo. L'appellativo comune serve anzi a designare una nota comune, più o meno lata o generale a seconda dei casi. Così dicassi, a mò d' esempio, degli appellativi « exhibitoria, prohibitoria, restitutoria » dati a singoli gruppi d'interdetti; degli appellativi *in rem* ed *in personam* che rappresentano la *summa divisio* dei *genera actionum* (Gai. IV, 1-5); dell' appellativo « interrogatoriae » (se pure è genuino) dato ad un gruppo di formole, in cui hanno influenza, varia a seconda dei casi, certe « interrogationes i. i. »; così dicasi dell' appellativo « secutorium » a proposito del *iudicium* che interviene nel processo per sponsionem e segue ad una pronunzia interdittale accanto a quelli dipendenti dalle sponsiones e dalle restipulationes, e che portava certamente tal nome quando si trattava di interdetti proibitorii duplici (1), ma forse aveva lo stesso nome anche negli altri interdetti (2). A questo proposito, giova osservare, che Gai (IV, 169) non omette di spiegare come il « iud.

(1) Gai. IV, 166, 169 : Cascellianum sive secutorium iudicium.

(2) Gai. IV, 165. Il passo, mutilato alla fine, non permette di affermare con sicurezza che l' « aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda », di cui è ivi parola, avesse pure il nome di « secutorium ». Cfr. Girard *Manuel* [5] p. 1058 segg.; Lenel *Edict.* [2] p. 434.

fructuarium » accordato al minus licitans, nel caso di « omissa fructuaria stipulatio », sia chiamato del pari « iud. secutorium » benchè diverso dal Cascelliano è quindi non recante anche questo appellativo : la ragione sta appunto, secondo Gaio, in ciò che anch' esso « sequitur sponsionis victoriam » (1). Il che, mentre di nuovo ci dimostra come tali appellativi fossero scelti con cura, dall' altro ci rivela la preoccupazione dei giuristi di spiegarne il valore e di dar ragione delle omonimie quando ne fosse il caso. Nè si vorrà opporre che l'appellativo « Serviana » è dato ad un tempo a due azioni, o formule affatto diverse, quale i sono appunto la formola dell' azione fittizia del b. emptor contro i terzi da un lato, e quella del locatore per il pegno delle cose del colonus, estesa anche agli altri creditori pignoratizi, dall' altro, e che il nome « iudicium contrarium » è attribuito ugualmente a categorie assai diverse di iudicia. Quanto al primo appellativo, infatti, esso non ha rapporto col contenuto dell' azione, ma è mutuato dal nome del pretore che introdusse la rispettiva azione, donde l'omonimia; quanto al secondo, le diverse accezioni del vocabolo « contr.^{m} iudicium », « a.° contr.^{a} » (azione negatoria; a.° o iud.^{m} contr.^{m} commodati, pigneraticium, neg.^{m} gest.^{m}, mandati, tutelae, fiduciae, pro socio, depositi ; contrarium iud.^{m} nei casi indicati da Gai. IV, 177) (2) hanno però un' evidente nota comune : si tratta in tutti i casi di un' azione contrapposta ad un altra e concessa alla parte contro la quale si dà la prima.

L' argomento desunto dal significato diverso, direi anzi antitetico, che avrebbe ad un tempo la locuzione *confessoria* non è poi affatto invalidato, e nemmeno indebolito, dall' esempio che ci offre il vario significato di « formula » e « actio arbitraria », e di « iudicia arbitraria » nelle nostre fonti. Nei

---

(1) È del resto controverso, tra l' altro, se questo iudicium prenda soltanto il posto dell' azione dipendente dalla « fructuum stipulatio », o assorba in sè anche il iudicium Cascellianum, ciò che sembrami però in contrasto col tenore stesso del passo di Gaio. V. sulle questioni relative al iudicium fructuarium : Ubbelohde-Glück, 43/44, II n° 95; Lenel *Edict.*^{2} p. 455 segg.

(2) VIR., I c. 1005.

testi della giurisprudenza classica (1), infatti, è designata come formula arbitraria quella che trova luogo, accanto al procedimento per sponsionem, negli interdetti esibitorii e restitutorii (2), la formula Fabiana (3); inoltre come actio arbitraria, κατ' ἐξοχήν, la c. d. a. de eo q. certo loco dari oportet, e con tal nome è pur designata l' a.° q. m. causa; infine è parola di « iudicia arbitraria » in Pap. fr. 3 § 1 D. 22, 1. Pare inoltre che fosse promessa nell' editto al proprietario contro l'usufruttuario una formola arbitraria (4). Nel Cod. giusti-

(1) Desunti, in parte dal V I R. (*h. v.*).

(2) Gai IV, 141, 163 cfr. 165; Ulp. fr. vindob. 5.

(3) Fragm. de form. Fab., 1.

(4) Fr. 13 § 2 D. 7, 1; e Suppl. Zach. Bas. Hb. VI, p. 69/70. Su questa v. Karlowa *R. R. Gesch.* II p. 593; De Ruggiero, Studi in on. di V. Scialoja I p. 71 segg.; Bortolucci *Studi critici e giur. sul Digesto* : *Sulla cautio usus fruct.*, Bull. i. d. r. 21 p. 110 segg.; Biondi *Studi sulle a.ᵉ arbitrariae e sull' arbitr. iudic.* (in corso di stampa) p. 12 segg. — Quando scrissi la n. 2 a p. 522, mi era sfuggito che anche il Bortolucci, nella sua fine monografia, aveva combattuto la dottrina leneliana riguardo alla funzione della f. proibitoria come supplementare della negatoria di fronte ad usurpazioni di usufrutto e di servitù pretorie; è mio dovere fare quì ammenda dell' involontaria dimenticanza e sono lieto di rilevare che l' argomento che io dedussi dal fr. 11 § 2 D. 20, 1 era già stato addotto anche dal B. (p. 116). Non potrei convenire invece, per le ragioni già ivi espresse, nella sua opinione circa il diverso ambito delle due formole, per cui la proibitoria supplirebbe alla negatoria quante volte non si trattasse di negare specificatamente e solo un diritto di usufrutto o di servitù, il che, parmi, non si accorda bene con ciò che egli stesso osserva contro il Lenel, poichè anche la negatoria di un usufrutto civile, che egli riconosce efficace di fronte all' usurpazione di un usufrutto pretorio, potrebbe servire allo stesso scopo, e, in particolare, poi nella sua opinione circa la funzione che avrebbe la proibitoria d' impedire all' usufruttuario l' esercizio del diritto nel caso di deterioramenti derivanti sia da atti positivi, sia da omissioni. Essa eccederebbe nella sua portata non soltanto l'a. ex stipulatu derivante dalla cautio, ma altresì l'a.° l. Aqu. valevole soltanto per danni recati col fatto positivo proprio, pur essendo, secondo i testi addoti dal B., sua funzione principale e originaria il *cogi ad factum*; d' altra parte non risulta che questa azione sovvenisse anche contro fatti positivi; e per ammettere che, a differenza della negatoria, avesse potuto aver effetto soltanto sospensivo dell' esercizio dell' usufrutto (B., p. 124, p. 114 n. 7), bisognerebbe supporre una clausola arbitraria molto speciale. Tanto meno mi par possibile identificare questa azione proibitoria con quella del fr. 13 § 2 D. 7, 1 : anche a prescindere dalla lezione incerta (ma probabile se si ha riguardo al fr. 13 § 2 cit.) ἀρβιτραρίαν nello sch. di Stefano a questo fr. (Suppl. cit. Zach. Hb. VI, p. 70 e n. *p*) si tratterebbe di un' *actio in factum*, secondo Stefano, e in ogni caso di un' azione pretoria (« quo bonum fuit polliceri praetorem »; cfr. la summa dei Basil. χώρα τῇ πραιτωρίᾳ), il che è inammissi-

nianeo si trova una sola volta « a.° arbitraria », per l' « a.° de eo, q. certo loco ». Nel § 31 J. 4, 6 è detto che si chiamano azioni arbitrarie quelle « ex arbitrio iudicis pendentes, in quibus, nisi arbitrio iudicis, is cum quo agitur, actori satisfaciat, condemnari debeat », e gli esempi dati per le azioni *in rem* sono la publiciana, la serviana de rebus coloni, la quasi serviana o ipotecaria, per le azioni *in personam* l' a. metus, l' a. doli (cfr. Basil. X, 3, 18 ; Hb. I, 501), l' a. de eo q. c. loco, l' a. ad exhibendum, le azioni nossali (vel ex noxali causa servum dedat). La ragione poi di tale denominazione è data alla fine del passo in questi termini « in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua

---

bile per la formola proibitoria, azione già nota ed *in ius*. Bisognerebbe dunque per lo meno rinunziare a questa testimonianza. Quanto al fr. 13 § 1 D. 7, 1, non crederei che si riferisca, come vuole il B (p. 112, 113 seg.), alle azioni reali di usufrutto, nè, del resto, all' a. ex stipulatu, ma che l' « agitur » venga nel senso di « si tratta » e che il resto del passo si riferisca all' oggetto dell' *arbitrium b. v.*, che forma il contenuto della cautio : cioè, la cautio serve alla stima del danno già avvenuto e anche alla determinazione del modo con cui si dovrà usare e fruire anche in futuro, infatti colla satisdatio si raggiungono entrambi i risultati, e l' arbitrium non si esaurisce nell' apprezzamento dei fatti anteriori, ma si riferisce anche al contegno futuro sino alla fine dell' usufrutto (« cautio saepius committitur »). Quanto al fr. 9 § 5 D. 39 2, come per la missio d. i. n. il terzo prohibebit uti frui all' usufruttuario, analogo mezzo deve essere quello dato al dominus per impedire l' esercizio del diritto all' usufruttuario qui non reficit (con allusione all' obbligo della refectio di fronte ai terzi, come dimostra ciò che segue), se l' usufruttuario non dà cauzione e costringe quindi il dominus a repromittere (c.ª B. pr. 120 segg.); il fr. 10 D. 39, 2 milita piuttosto contro che a favore della opinione del B. poichè contro un' azione non si concepisce una *denegatio* della *petitio fructus*; non si tratta di eccezione, ma, a parer mio, di immissione nel possesso, a togliere di mezzo la quale l' usufruttuario non può far valere la *petitio u.ª fr.ˢ* (Su questi due passi, v. le osservazioni di Arangio-Ruiz *La strutt. dei dir. reali*, Arch. giur. 81 p. 423 seg.). Parmi poi che l'opinione del B. pecchi dello stesso formalismo che egli nota nell' opinione avversaria, quando ritiene che un' azione prohibitoria in rem coll' intentio « ius mihi esse *prohibere* te uti frui » di fronte all' esistenza di un « ius uti frui *invito me* », potesse essere fatta valere efficacemente, a differenza di un intentio « ius tibi non esse uti frui *invito me* ». Del resto come della confessoria si dice che per essa « *inhibebo* opus tuum » (fr. 9 D. 8, 5) o che « *prohibetur* parietem deteriorem facere » (fr. 6 § 7 D. eod.), così della negatoria si dice che per essa *potest impediri* la *refectio* di un *rivus* (fr. 3 § 8 D. 43, 21, almeno secondo la lezione attuale del testo, o l' emendazione proposta dal Momms. [nam posse *ius*]); (cfr. sul punto Biondi *o. c.* p. 12 segg.).

actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oportet ». E infine nel § 33 I. eod. è data la definizione dell' a. arbitraria per eccellenza, cioè dell' a.° d. e. q. c. loco. All' infuori di questi passi non si trova parola nelle fonti giuridiche e letterarie pervenuteci di « a. arbitraria » (1).

Ora, a tacer d'altro, il fatto che nelle fonti classiche e nelle Istituzioni giustinianee l' a. d. e. q. c. loco è detta arbitraria per eccellenza, dove però spesso l' appellativo le sembra dato dai bizantini e dove per altro pare che mancasse la clausola arbitraria avanti la condemnatio (2), e che tale clausola

---

(1) Tale è il risultato della ricerca di Biondi *o. c.* p. 5/6.

(2) In questo senso, contro la teoria dominante, Lenel *Edict.*[2] p. 237 segg.; Biondi *L'actio arbitraria* p. 102 segg.; Biondi *Studi sulle az. arbitr.* p. 14 segg. Pur riconoscendo pienamente l' acume con cui il B. nel primo dei due lavori citati sostiene la tesi che l'*arbiter* o *iudex* nel diritto classico non dovesse affatto tener conto dell' interesse dell' attore, tuttavia non posso ritenere la dimostrazione (p. 24 segg.) abbastanza tranquillante, pur essendo proclive a convenire nel punto che nella condemnatio si facesse soltanto menzione dell' interesse del convenuto. Può essere che il nuovo principio della giurisprudenza, aequitate mota, sia perchè l'agire *alibi* poteva costituire una necessità (Girard *Manuel*[5] p. 1038 n. 3), sia perchè il luogo del pagamento poteva essere stato determinato nell' interesse dell' attore (Lab.-Iul. Ulp. fr. 2 § 8 D. 13, 4; Afr. fr. 8 D. eod. e su questo ora Beseler *Beitr.* II p. 169 segg.) abbia consistito nello stabilire che l'ammontare dell' interesse del convenuto, di cui era menzione nella formula, fosse ridotto *officio iudicis* sino a concorrenza dell' interesse dell' attore; per tale possibilità mi sembrano dare argomento anche le espressioni dei citati passi. L'interpretazione che dà il B. del fr. 8 cit. (p. 38 segg. p. 57 segg.; Bull. ist. d. rom. 21 p. 222 segg.) incontra, a mio avviso, gravi difficoltà; non soltanto l' ipotesi da « nec oportebit » riguarda un aumento, non una diminuzione della somma, e pare anche ammettersi un aumento per il caso di mora propria del convenuto, ma l'ultimo brano da « eiusque differentiae » sarebbe, almeno per me, poco comprensibile se riferito all' interesse del debitore. Se di una somma dovuta a Capua e pagata *post moram* in parte, si chiede il resto, il giudice, secondo quell' interpretazione, dovrebbe stimare l' interesse *del convenuto a che fosse stata pagata a Capua* (« *solutam esse* », non *solvi*) soltanto la parte ancora dovuta, non invece quella già pagata post moram. Il senso mi pare invece questo. Il fideiussore non deve subire un incremento della sua *obligatio* per il mancato pagamento del reo di tutti i 100 a Capua, poichè si tratta di *una* stipulatio pec. creditae, riguardo alla cui persecuzione giudiziale (exsecutio) la misura è rimessa all' arbitrium iudicis (non si parla nè di aumento, nè di diminuzione : Cª Biondi o. c. p. 93, 99 che vi ravvisa indicata implicitamente una diminuzione); così, di una somma dovuta, una parte della quale è pagata sia pure post moram, l'attore

mancava in tutte le azioni nossali, pure annoverate fra le arbitrarie nel § 31 cit., fatta eccezione per l'azione nossale d'ingiurie, dove però non si tratterebbe a rigore di una noxae deditio a.° iud.^{s} come è detto nel § 31, ma di un « verberandum exhibere » e di un « arbitratus iudicis » circa il « modus verberum » (1), d' altro lato il fatto alquanto sor-

---

domandando il resto può bensì far valere *officio iudicis* il suo interesse a che ciò che gli era ancora dovuto e che ora domanda, gli fosse stato pagato a Capua, ma soltanto questo, non invece quello per la parte già pagatagli *post moram*, perchè questa parte non cade in giudizio. Quanto ai Greci, i Bas. (24, 9, 8) potranno giovare alla sua tesi per la prima parte, e se ne avrebbe la conseguenza esorbitante che, se il creditore non pagato dal reo si rivolge al fideiussore, non solo non si accresce la somma esigibile, ma questa subisce anzi due diminuzioni, per l' interesse loci del reo e del fideiussore. Ma le stanno contro per la seconda : ἀπαιτεῖται τὸ διαφέρον = utilitas petitur, exigitur (non è esatto ciò che il B. diceva nel Bull. cit. p. 231 n. 3, poichè le traduzioni con *venit* che egli cita sono *ad sensum*, e *venit* si traduce altrimenti nei greci [περι = ο παραγίνεται], e ciò che afferma quì [p. 41], che cioè riguardo alla seconda parte del testo nessun daiuto ci fornisce il passo dei Basilici vale appunto, se non erro, riguardo alla sua tesi). A gravi inconseguenze, del resto, dà luogo l' interpretazione del B. Il debitore, egli dice (Bull. cit. p. 233) non è responsabile con questa azione per la mora, quindi viene in giudizio solo la stipul.° per il capitale, se non furono stipulati interessi; e se una parte fu pagata con mora, non deve *usurae*, ma l' « officium iudicis » deve limitarsi *semplicemente* a questo : stimare l' interesse loci del *debitore*, soltanto per la somma che si domanda, appunto perchè questa deduzione d' interesse avviene *officio iudicis* e può quindi esercitarsi soltanto sulla somma su cui verte l'arb.^{m} iudicis. Questa argomentazione, che corrisponde, in più brevi termini, a quella data nell' altro scritto (p. 58 segg.) non mi riesce chiara e convincente. Perchè portare in campo la mora del debitore nel pagamento di una parte della somma nel luogo fissato per venire a concludere che l' interesse loci del debitore non si calcola che per la somma ancora da pagare ? Non è lo stesso anche se il debitore avesce pagato sine mora, pur essendo, caso mai, questa l' ipotesi a lui più favorevole? Parmi invece manifesto che l'interesse a cui qui si allude è quello del creditore ; che cioè l'ammontare della parte ancora dovuta non può accrescersi per la mora del debitore quanto alla parte già pagata, perchè tale interesse non è *in obligatione* e non può cadere che sulla somma che si domanda. Il « vel actoris » nella prima parte potrebbe essere insitizio : pare infatti un' anticipazione inopportuna di quanto è detto nell' ultima parte, a un dipresso, come « nisi usucapta est » nel fr. 67 D. 23, 3, come « vel actum » in fr. 13 § 1 D. 46, 4. Ma nell' insieme, e ne conviene anche il B. (p. 59 n. 1), il passo ha l' impronta dello stile e del modo di argomentare africaneo.

(1) Fr. 17 §§ 4, 5, 6 D. 47, 10. — Non posso tuttavia tacere il grave sospetti che qui pure non si tratti di una formola coll' arb.^{s} iudicis (*sc.* « nisi N. N. eum servum arbitratu suo verberandum exhibebit »). Ait praetor, arbitratu iudicis, nel fr. 17 § 5 D. 47, 10, si riferisce ai « verba edicti », dove non poteva

prendente che fra le azioni in rem addotte ad esempio nel § 31 cit. non è menzionata alcuna delle azioni civili, nè tale appellativo è mai adoperato esplicitamente per le azioni *in rem* nelle fonti classiche, e, fra le altre, nemmeno per l'a.° ad exhibendum, hanno giustamente suscitato numerosi e gravi dubbi riguardo ai caratteri di questa categoria di azioni, accanto alle quali starebbe l' « a. arbitraria » senza clausola arbitraria nella formola. Inoltre il § 31 cit. con-

---

essere tale menzione; bisognerebbe supporre che fossero invece i « verba formulae »; ma pur ammesso che le parole della formola potevano dirsi del pretore (Lenel *Paling.* II p. 521 n. 1), se così fosse, si dovrebbe ammettere che Ulp. nel § 6 che segue, e che pur continua il discorso con un *si*, non con un *sed si* o simili, mutasse totalmente ipotesi, e, cioè, che tale soddisfazione avvenisse *in iure*, non *in iudicio* od estragiudizialmente : solo così può spiegarsi l' *ante iudicem*, che anche corretto, secondo i Bas. (πρὸ δίκης) e Lenel *Edict.*[2] p. 388 n. 5 in *ante iudicium* (sc. *acceptum*) ha sempre lo stesso significato. E il « si postea actor agere iniuriarum perseverat, non est audiendus » presuppone certamente una soddisfazione fuor del *iudicium*, e altrettanto certamente una soddisfazione *in iure*. Ma, per converso, l' *alicuius*, anzichè « praetoris », o « iudicis », ci riporterebbe ad una satisfactio stragiudiziale. Certo Mommsen corregge *alicuius* in *illius* (sc. *iudicis*), ma l' « ante iudicem » e più ancora l' « actor agere cet. » si ribellano a tale correzione, esclusa anche dai Bas. (τινός; 60, 28, 16, 6; Hb. V, 632). L' *ei* campa per aria, e sta per « *iniuriam passo* »; quindi i compilatori devono aver soppresso un brano precedente, ove si parlava dell' attore, o mutato infelicemente « actori » in « ei ». L' opera dei compilatori pare a me risultare da tuttociò con grande probabilità : nel § 5 si doveva, se non erro, parlare di « arb.[s] praetoris » e il § 6 credo che ne fosse il commento; i mutamenti sarebbero stati recati nel senso di trasformare la *satisf.°* *in iure* in una *satisf.°* stragiudiziale; quale è per essi appunto la *satisf.°* *ante iudicem*, l' *alicuius* doveva essere *praetoris*; della soddisfazione fuori del processo era piuttosto parola nel § 4 (lo scoliaste, sch. 9 ad § 6 cit. interpreta veramente nel senso di un' « exhibitio iudici ante litem »). Analogo trattamento si aveva per l' a.° l. Plaetoriae noxalis (fr. 24 § 3 D. 4, 4). Se il convenuto o non obbediva all' invito del pretore od opponeva un' exceptio perentoria (fr. 17 § 8 D. 47, 10), o dilatoria (p. es., cognitoria, procuratoria), in tal caso l' « actor agere perseverat » e se vinceva, il convenuto non poteva più sottrarsi alla condanna col « verberandum exhibere ». Che la soddisfazione dovesse darsi all' attore *in iure*, avevano già affermato, a mio avviso giustamente, il Karlowa *R. R. G.* II p. 1170 e l' Appleton, Revue gén. de droit 24, 1900 p. 231 n. 4, che fa precisamente capo ad un « arb.[m] del pretore », per quanto essi intendano *ante* come davanti e « iudex » per « praetor » anche per il diritto classico (C.[a] Lenel *Edict.*[2] p. 388 e n. 5; Girard *Les jurés et l'action d'injures*, Mél. Gérardin p. 263 n. 5). — Per l' arbitrium nell' azione q. m. causa, nell' a. doli, nell' azione contro il publicano qui vi ademerit, e nell' a.° in factum propter alienat. iud. mut. c. factam : v. ora Biondi *Studi sulle az. arbitr.* p. 33 segg.

tiene evidentemente intorno ad un nucleo genuino delle sovrapposizioni giustinianee, e circa l' a.° q. m. causa il fr. 14 § 4 D. 4, 2 almeno dopo « arbitraria sit », e cioè nella parte essenziale, è certamente interpolato (V. l. R. *l. c.*) (1). E pur gravi dubbi suscita l' ampiezza dei poteri del giudice nelle formole con clausola arbitraria (2). Non intendo, nè sarebbe qui il luogo opportuno di riprendere in esame punto per punto questo vasto e complesso problema, allo studio completo del quale già attende il Biondi nell' opera sopra citata « Studi sulle azione arbitrarie e sull' arbitrium iudicis », che già nella parte resa nota porge in proposito contributi molto pregevoli e degni di ogni attenzione. Certo si può molto discutere, tra l' altro sulla piena legittimità delle sue illazioni circa il significato di « formula arbitraria » nel procedimento « per f.^{m} a.^{m} » successivo all' emanazione dell' interdetto (p. 10 segg.), sul confronto istituito fra il § 31 l. cit. e Gai. IV, 163, che non mi appare così luminoso ed eloquente, come pare al B. (p. 21 segg.), sulle sue congetture circa il contenuto genuino di Pap. fr. 3 § 1 D. 22, 1 (p. 23 segg.) (3), sul tentativo

---

(1) V. già Lenel *Edict.*^{2} p. 237 segg.: e gli acuti rilievi di Riccobono in *Rec.* di Lenel *Ed.*^{2}, Bull. i. dir. rom. 20 p. 100 segg.; Girard *Manuel*^{5} p. 1022 segg. e n. 4.; ed ora Biondi *Sulla dottr. rom. dell' a. arbitr.* p. 104 segg.; *Studi sulle az. arbitr. e l' arb. iud.* p. 1 segg. (quanto alla critica del § 31 l. cit., pp. 17 segg., 22 segg.).

(2) Cfr. Segrè, Studi in on. di V. Scialoja I, p. 278; Riccobono, l. c. p. 103.

(3) Quanto a questo fr.° papinianeo (20 quaest.), appartenente ad una trattazione speciale dei fedecommessi (Lenel *Pap.* 289-300), se il § 1 « in his quoque iudiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei *cet.* » si riferisce ai c. d. *stricta iudicia*, costituirebbe per vero una singolare digressione: ma nemmeno può riferirsi ai iudicia relativi ai fedecommessi: tanto i *fructus*, che la *causa rei* (a prescindere dagli incrementi naturali che aumentano tosto il fedecommesso) sono dovuti non dalla l. cont.°, ma già dalla mora (Contro l' opinione che vorrebbe distinguere V. Salkowski-Glück, 49 p. 434 segg.; Gai. II, 280; Pap. fr. 3 pr. D. 22, 1 [tametsi — intervenisse itp.?], Vat. fr. 65, fr. 8 D. 22, 1; Paul. sent. III, 8, 4, fr. 14 pr. D. 22, 1, fr. 26 D. 31; Mod. fr. 39 D. 22, 1; Nerat. fr. 14 § 1 D. 32; Ulp. fr. 19 D. 36, 1, fr. 16 D. 32). D' altra parte, però, anche il termine collettivo « stricta iudicia » antitetico ai « b. f. iudicia » non è certo che sia noto alla giurisprudenza classica. Dubbia infatti è l' origine del brano « sed — inducebatur » del § 30 I. 4, 6; in ogni caso inverosimile che il rescritto parlasse in genere di stricta iudicia (Ferrini, Bull. i. dir. rom. 13 p. 194; cfr. Appleton *Compensation* p. 293 segg.);

diretto a negare la lezione *arbitraria* nel Fr. de form. Fabiana § 1 (formula in factum et arbitraria), nè stimo più riesciti i suoi sforzi per togliere valore a questa testimonianza (p. 25 segg.). Ma per quel che riguarda una serie di azioni penali, per alcuna delle quali resulterebbe dalle fonti che la formola contenesse una clausola arbitraria di restituzione, l' A. ha già nella parte nota, riguardante l' a.° q. m. causa, l' a.° contro il publicanus qui vi ademerit, quella contro il missus in possessionem per la restituzione dei frutti, l' a.° doli, l' a.° in factum propter alien. iud. mut. causa factam addotto gravi argomenti per la tesi ivi sostenuta che non la contenessero, nè potessero contenerla per diritto classico (p. 35 segg.). Ed un' analoga intrusione di clausola arbitraria penso sia quella di cui è parola nei testi relativi all' azione nossale d'ingiurie (1). Per altro non può disconoscersi, quanto all' a.° q. m. causa, che il terzo acquirente di una cosa la cui alienazione, a sua insaputa, fu estorta con violenza all' attore, sarebbe venuto a trovarsi in una posizione molto aleatoria e critica, qualora fosse stato costretto a remanciparla *in iure* per evitare la condanna nel quadruplum ; infatti la giustificazione data da Ulpiano (od a lui attribuita) per il rigoroso trattamento di quello (fr. 14 § 3 D. 4, 2 « nec cuiquam *rell.* ») varrebbe soltanto nell' ipotesi che si trattasse di un « arbitrium iudicis » a questione decisa, o almeno di una precedente causae cognitio da parte del pretore. Questa, invece, trovava luogo soltanto per l' a.° in quadruplum post annum, e per altro riguardo (fr. 14

---

quanto al fr. 3 § 2 D. 13, 6 ; v. Longo, Studi p. Moriani I p. 197 segg. ; Segrè, Studi p. Fadda VI, p. 336 n. 2 ; Lenel *Edict.*[2] p. 246 n. 1, e anche la forma « a.° stricti iudicii » (secondo il Krüger : iuris) potrebbe essere, come altrove, in luogo di « a.° ex stipulatu vel ex testamento » (cfr. fr. 12 § 3 D. 16, 3 ; fr. 9 § 1 D. 12, 5). — Potrebbe piuttosto sospettarsi che, nel nostro fr.°, Pap. si riferisse ad altri iudicia *extra ordinem*, quali sono quelli relativi ai fedecommessi (più difficilmente, invece all' a. ex test.° nei legati p. damm.). — Caduta la distinzione, i compilatori sarebbero stati indotti a mutare così il testo. Si noti che analoga interpolazione sarebbe avvenuta, se il rescr. di M. Aurelio, di cui è parola nel § 30 I. 4, 6, si dovesse riferire alla cogn.° extra ordinem (Pernice *Labeo* II[2], 1, 1 p. 307 ; cfr. Appleton *Compensation* p. 288, p. 302 segg.).

(1) V. *retro* p. 567 n. 1.

§§ 1, 2 D. eod.), inoltre, s' intende, nella « i. i. restitutio », la quale del resto non riguardava soltanto i casi in cui fosse possibile un « iudicium rescissorium » (e. gr., « a.° ex stip. rescissa acceptil.ᵉ », più tardi « a.° in rem resc. mancipatione ») ma anche gli altri (aedif. depositio, stipul.°, pollic.°) (1), dove essa quindi è un preliminare dell' « a.° q. m. c. » e dell' « exceptio metus. ». Ora se la « restitutio rei », come condizione indicata dall' editto apposito per evitare l' a.° in quadruplum (2) è veramente diversa da quella contemplata nell' i. i. restitutio, è però oltremodo ostico, tolto di mezzo l'arbitr.ᵐ iudicis de re restituenda, ammettere che il terzo inconsapevole dovesse subire così grave sanzione senza una preliminare « c. cognitio » pretoria, tanto più se si deve ammettere, come egli vuole (p. 49), che il perimento posteriore alla l.ˢ c.° non lo libera. Nè le ingegnose osservazioni del B. risolvono il problema, come si collegassero nel testo genuino le parole « unde quidam putant *rell.* » del fr. 14 § 5 D. h. t. al precedente contesto, donde dovrebbero cadere per intero i §§ 4 e 5 fino a queste parole. Occorrerebbe supporre che nel § 3 al posto di « nec cuiquam videtur (*sic*) *rell.* », si iniziasse, invece, la discussione relativa alla responsabilità dei terzi che hanno inconsapevolmente tratto profitto dalla violenza (3); e cionondimeno è sempre grave che in una trattazione riguardante, non l' editto, ma la formola, si ritornasse al tema dell' editto col citare l'opinione di Pedio, od anzi, si parlasse ora per la prima volta di un « arbitrium praetoris », e di nuovo non è senza difficoltà che di questo si parlasse ancora verso la fine della trattazione della formola (4), per quanto non sia impossibile in sè, lo riconosco, che nel fr. 14 § 11 D. cit. si facesse il caso del servo morto ante l.ˢ c.ᵐ presso l'autore della violenza e si citassero incidentalmente per giustificare la soluzione (positiva o negativa?) le parole

(1) Fr. 9 §§ 2, 3 D. 4, 2 « posse restitutionem i. i. postulare ».

(2) Fr. 14 § 1; fr. 12 § 1 D. eod.

(3) P. es., « sed quibusdam videtur *cel.* ».

(4) Fr. 14 § 11 D. eod. « neque ea res arbitrio iudicis restituetur » — « per iudicem ».

dell' editto. Nè favorisce la tesi Gai. fr. 10 § 1 D. eod. « arbitratu iudicis apud quem ex hoc edicto agitur »; il B. (p. 53) dice che questa frase è più propria e tecnica riferita al pretore, ma già osservai in contrario che è schiettamente classico e gaiano e tecnico « apud iudicem agere » (Gai. IV, 109), e tanto più in collegamento con *ex edicto*, poichè è appunto un dato editto che fonda un « iudicium ». Certo potrebbe essere interpolato l'intero brano « iudicis — agitur », ma il passo per sè stesso non ne fornisce una prova, od un indizio (1). Ma basti di ciò. Nell' insieme, si può

(1) L' ordine del comm. ulpianeo, sia detto per incidenza, mi fa anche dubitare della genuinità della duplice menzione dell' a. in rem scripta nel fr. 9 § 8 D. h. t. Nel § 7 D. h. t. si parla della restitutio indicata nell' editto come condizione negativa dell' a°. q. m. c., ed alla restitutio deve alludere anche il § 8; a questo luogo Ulp. non trattava ancora dell' a.° q. m. c., e appunto l' adversus omnes restitui velit (*sc.* praetor) che è forse la sola frase genuina della prima parte del passo dimostra che si tratta ancora dell' editto (cfr. fr. 12 § 1, fr. 14, §§ 1. 2 D. eod.). A.° o formula « in rem scripta » è non solo un *unicum* (VIR. l. c. 122 l. 38), ma di senso equivoco, e la seconda menzione, con cui finisce duramente il periodo, ha già suscitato qualche sospetto (Eisele, Z. Sav.-St. 30, p. 108). Penso piuttosto che, come in fr. 5 § 3 D. 42, 4, si parlasse dell' impersonalità dell' editto, in quanto, cioè, non si richiedeva che la stessa persona che aveva esercitato la vis, fosse quella che doveva fare la restitutio per sottrarsi alla condanna. Del resto per una formola si direbbe meglio « concepta » che « scripta ». Come si dice, con allusione all' intero contesto dell' editto « q. m. causa gestum erit r. n. habebo », che il pretore in rem loquitur (fr. 9 § 1 D. eod.; il passo ripete tre volte la stessa cosa « generaliter, et in rem loquitur, nec adicit a quo gestum », si osservi anche l'animadvertam col *quod*: forse il passo genuino diceva soltanto: « Praetor hoc edicto non adicit a quo gestum », o almeno non recava « generaliter et »; cfr. Paul. sent. 1, 7, 4 [alterato]; fr. 15 § 26 D. 47, 10); così il suo edictum può essere detto « in rem scriptum » (fr. 5 § 3 D. 42, 4) e poichè il fr. 9 § 8 appartiene al commento di « nisi restituat » o « neque restituetur » (Lenel *Edict.*[2] p. 110) sarei anche perciò più propenso a ritenere che gli accenni alla restitutio in questo passo siano non interpolati, ma sostanzialmente genuini (salvo beninteso le modificazioni operate allo scopo di fondere i due editti). E l' ultima parte potrebbe alludere del pari alla « restitutio actionis » a cui sarebbe tenuto il reo principale se vuol evitare l' « a. q. m. causa »; naturalmente il presupposto è che l'acceptilatio data dal fideiussore abbia liberato anche lui, ciò che il B. (p. 43 segg.) sembra disposto a negare, ma a torto (fr. 13 § 7 D. 46, 4; fr. 16 pr. D. eod. [« nam — liberantur » itp.?]; fr. 16 § 1 D. eod.), e a questa restitutio forse alludono anche le parole precedenti « in reum non esse restituendam actionem », dove il testo genuino avrà forse suonato « ex hoc edicto reum non teneri ut obligationem » o « actionem restituat »; cfr. fr. 11 D. eod. « non tenebitur fideiussor ut rei quoque obligationem restituat », il quale passo dimostra anche infondata la meravi-

intanto constatare da un lato che nelle fonti classiche il nome « a.° arbitraria » è attribuito alla « a.° de eo q. c. loco », benchè talora sembri attributo ad essa dai bizantini ; che è dubbio se fosse così qualificata l'a.° q. m. causa : che è dubbia la genuinità di « iudicia arbitraria » in Pap. fr. 3 § 1 D. 22, 1 : che « formola arbitraria » è chiamata quella accordata in uno dei due procedimenti che seguono all'emanazione dell' interdetto che così è qualificata la formola Fabiana e che solo per questa, e giunti per le formole similari fraudatorie si più riscontrare con certezza la coincidenza fra questo termine e la c. d. clausola arbitraria (1), mentre per l' a. q. m. causa, di cui non è punto sicura che la qualifica « a. arbitraria » sia classica, è fortemente contestata d' altro canto la classicità della c. d. clausola arbitraria, ritenendosi che l' « arbitrium iudicis » fosse invece un « arbitrium praetoris » (2) : che quanto alla formola arbitraria dipendente dagli interdetti, è contestato se tale appellativo sia dovuto all' intervento di un « arbiter » o da una clausola arbitraria; che circa la formola arbitraria contro l'usufruttuario, ne è certo tale nome (3), per quanto probabile, nè sappiamo, in ogni modo, se ciò dipendesse unicamente dall' intervento di un « arbiter » o da una clausola arbitraria : che, per converso, nessun' altra formola contenente una clausola arbitraria è così qualificata nelle fonti sinora pervenuteci, col nome di « formula » o di « a.° arbitraria ». Quindi, tanto circa il concetto comune di azioni arbitrarie come tali che contenevano una clausola arbitraria, quanto circa l' esemplificazione data nel § 31 I. 4, 6 vi sono gravi ragioni di diffidenza e di sospetto. Ma,

---

glia del B. (*ibid.*) di fronte all' espressione del fr. 9 § 8 « sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, in quadruplum condemnandum » ; dover, cioè, il fideiussore restituire l'azione contro entrambi, se vuol evitare la condanna nel quadruplo.

(1) Fr. 5 § 1 D. 38, 5.

(2) Di « arbitratus praetoris » (V. I. R. vv. *arbitrium* — *arbitratus*) si parla in Ulp. fr. 8 § 16 D. 2, 15 (transazioni in materia d' alimenti), fr. 15 pr. D. 39, 2 (stipul.° d. inf. n.). È notevole per altro che appartengano tutti a materie sottratte alla procedura ordinaria.

(3) Su questa : Lenel *Edict.*² p. 432.

comunque, e per quanto si voglia essere prudenti e scettici di fronte a questa nozione comune ed al catalogo che ivi ci è dato, non si più negare almeno che all' appellativo « arbitraria » attribuito alla formula o all' actio non fosse collegato il concetto dell' intervento di un « arbitrium » del giudice e del giurisdicente e difficilmente si potrà negare che ci sia un fondo di vero nella notizia contenuta nel cit. § 31 : che, cioè, si chiamassero « formulae arbitrariae » anche quelle in cui l' « arbitrium » del giudice trovava luogo nel provvedimento additato nella c. d. clausola arbitraria. E tanto basta, per poterne concludere che questo appellativo dato, secondo i casi e per motivi vari, alla formula od all' actio, aveva però o nell' « arbiter » o nell' « arbitrium » che vi trovava luogo il suo fondamento e la sua spiegazione (1). Quindi anche da questo esempio non è reso più verosimile che la locuzione « confessoria actio » fosse usata nel diritto classico ad un tempo nei due noti significati, e più particolarmente, per designare la rivendicazione dei *iura*. (2).

7. L'inverosimiglianza diventa ancor più manifesta, se si pon mente anzitutto al silenzio delle Istituzioni e delle Res cottidianae di Gaio. Si potra bensì considerare come fortuita accidentalità che negli altri passi gaiani ove si parla di rivendica, civile o pretoria, di servitù o di usufrutto, non si trovi mai « a. confessoria ». Ma quando Gaio nelle Istituzioni (IV, 3) dice : « In rem actio est cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve

(1) Cfr. Festo (Bruns *Fontes* II⁷ p. 3). « *Arbiter* dicitur iudex quod totius rei habeat arbitrium et facultatem. — *Arbitrium* dicitur sententia, quae ab arbitro statuitur. — *Arbitrarium* cum adhuc res apud arbitrum (Momms. : arbitrium) geritur ».

(2) Potrebbesi addurre forse per l'uso dello stesso appellativo applicato ad azioni od interdetti in due disformi significati, l'aggettivo, per quanto molto generico « mixta », che troviano usato in due passi di Ulpiano, si per indicare gli interdicta che sono ad un tempo prohibitoria ed exhibitoria (restitutoria. sec. Smallenburg : fr. 1 § 1 D. 43, 1), come gli interdicta duplicia (fr. 37 § 1 D. 44, 7). Ma l' Albertario *Contributi allo studio della proc. civ. giust.*, in corso di stampa, rileva appunto, e credo giustamente, che tale denominazione è classica soltanto per la prima specie d'interdetti.

ducendi vel altius tollendi prospiciendive : *aut cum* actio adversario est negativa », e nel § 5 avverte che le « actiones in rem » si chiamano « vindicationes » non può più ammettersi altrettanto facilmente che anche quì l'omissione sia del pari fortuita, tanto più se si consideri la cura particolare del giurista di dare il nome delle azioni conforme al carattere didattico ed isagogico dell' opera. Vano sarebbe obbiettare che l'andamento del periodo mal si prestava all' inserzione di tale notizia, poichè era in suo arbitrio il mutarlo. In ogni modo l'obbiezione, se può dirsi tale, non reggerebbe per il testo parallelo delle Istituzioni giustinianee (§§ 1, 2 I. 4, 6) che stimo inutile riportare, di cui l' origine gaiana, e quindi dalle res cottidianae, è difficilmente contestabile (1), e dove pure non vi ha parola di « a.° » o di « a.ˢ confessoriae ». Chè se, *per inconcessum*, questi passi derivassero da un libro elementare di altro giureconsulto, l' argomento *e silentio* non farebbe che acquistare maggior forza. Comunque, se il termine fosse stato noto all' autore del passo, ci si dovrebbe aspettare prima di « contra quoque *rell.* » una frase che vi accennasse (e. g. « actio in rem qua quis ius aliquod sibi competere intendit, confessoria est, o, appellatur »), alla stessa guisa, che dopo l'accenno alle azioni contrarie si soggiunge nello stesso § « istae quoque actiones in rem sunt, sed negative ». È chiaro che questo soltanto premeva ai giureconsulti classici di rilevare : il carattere negativo, cioè, dell' azione del dominus contro chi pretende un « ius » sulla cosa sua, e da ciò appunto si spiega l' introduzione di questo termine tecnico.

Il silenzio di Gaio, è, dunque, innegabilmente, grave prova che la locuzione « a.ª c.ª » non era usata per la vindicatio dei iura almeno ai suoi tempi, ed, anche a prescindere da ogni altro argomento, induce già a sospettare assai del l' uso di tal voce, in questo senso presso il suo contemporaneo Pomponio (2) ; ne è più probabile che l' adoperasse invece

(1) V. p. 540 n. 1.

(2) Fr. 2 § 3, fr. 4 § 5 D. 8, 5. La citazione di Pomponio nel fr. 4 § 5 si riferisce a Pomp. l. 41 ad ed. (v. fr. 4 §§ 3, 4 D. eod. (Che vi si riferisca anche

Ulpiano, il quale mai altrove, salvo in questi passi del l°. 17 ad ed. ne avrebbe fatto uso, e che egli avesse all' uopo modificato, riferendole, le parole di Pomponio. Sembra piuttosto chè l'attività dei compilatori, o più precisamente, dei commissari della massa edittale si sia concentrata su due passi fondamentali, o più caratteristici, del l. 17 ad ed. di Ulpiano, collocati poi in sede materiae, in guisa non molto dissimile da quella, per cui i compilatori introdussero l' appellativo « emphyteuticus », « emphyteuticarius », soltanto nei due primi luoghi in cui si presentò loro occasione di farlo (1). I compilatori trovarono il vocabolo già nell' uso della pratica giudiziale e forse anche delle scuole del periodo anteriore, e a questo uso fecero omaggio, dando a tale locuzione un posto, per quanto assai limitato, nella compilazione dei Digesti (2).

8. Una conferma della opinione quì sostenuta possiamo anche trarre direttamente dagli stessi passi, in cui troviamo adoperato tale vocabolo.

Osservavo ora come i 6 passi ove si trova « a.° confessoria » per la rivendicazione dell' usufrutto e delle servitù si trovano tutti in una porzione del l. 17 ad ed. di Ulpiano. Essi si susseguono, quasi senza discontinuità, formando a un dipresso un gruppo a sè (3), mentre il vocabolo non appare mai in altri luoghi, nemmeno di Ulpiano, che pure altrove, e in questo stesso titolo tratta della rivendica, sia

---

quella del fr. 2 § 3, come suppone Lenel *Pal.* Pomp. 88, è invece più discutibile. — Anche Paolo chiama nei Vat. fr. 46, come altrove, la confessoria dell' usufrutto, « a.° de u. f. », ed in un' opera come i « manualia » difficilmente si sarebbe omesso quell' appellativo, se fosse stato allora in uso. Certo, H. Krüger *D. praetor. Servitut* p. 75 segg., dà altro significato ad « a.° de u. f. » in questo passo e nel fr. 1 D. 7, 4; ma esso contrasta col significato che hanno costantemente (e logicamente) negli altri passi « a.° de u. f. », e « a.° » o « a.° de servitute ».

(1) Fr. 15 § 1 D. 2, 8; rubrica del titolo VI, 6 dei Digesta.

(2) Invece alle ὁμολογίαι elleniche si rannoda piuttosto l' uso di « confessio » per « cautio » : V. il celebre fr. 25 D. 22, 3 che, come è notorio è opera dei compilatori e il fr. 20 § 1 D. 39, 5 « Sed magis — occurretur » itp. (Cuiacio, V, 1542 segg., cfr. VII, 1403, opp. Prati; Gradenwitz *Interp. i. d. Pand.* p. 49.

(3) V. Lenel *Pal.* Ulp. 591, 593, 594.

civile, sia pretoria, dell' usufrutto e delle servitù, e tuttociò già per sè costituisce non lieve ragione di sospetto. È ostico l' attribuire a puro caso che Ulpiano mai altrove nei passi pervenutici siasi servito di questo vocabolo per designare tale azione (1) ed è inammissibile che se tale menzione ci fosse stata, i compilatori l' avessero cancellata, quegli stessi compilatori, che, come vedremo, ve l' hanno posta certamente dove mancava, cioè, nel fr. 5 § 6 D. 7, 6. Altrettanto non potrebbe ripetersi per la « confessoria a°. l. Aquiliae », la cui trattazione *ex professo* si riduceva press' a poco a quanto abbiamo nei fr. 23 §§ 10, 11, fr. 24, 25, 26 D. 9, 2 (2). Non parrà quindi troppo fantastico pensare che i commissari della massa edittale nello spoglio dei passi del l. 17 e prima della ripartizione nei luoghi *ad hoc* del materiale escerpito, abbiano, ad un certo punto, prima per l'usufrutto, dove più pareva opportuno per l' antitesi colla negatoria (3), poi, di seguito, per le servitù (4), introdotto tale locuzione nel testo, operazione questa che credettero inutile o tedioso proseguire per gli altri passi dello stesso libro, o in altri passi di questo o di altro giurista.

E dove appunto si mostra più palesemente l' opera loro, gli è nel primo di questi passi ; il fr. 5 § 6 D. 7, 6 :

Sicut fructuario in rem [confessoriam : al. confessoria] agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur *rell.*

---

(1) Egli adopera le espressioni « ius mihi esse... intendere », usum fructum, servitutem vindicare, « a.° de usufructu, de servitute » e simili.

(2) Analoga osservazione non è dato fare per Pomponio, in causa dell' estrema rarità degli accenni, nei passi di lui pervenutici, alla rivendica dei *iura*.

(3) Fr. 5 § 6 D. 7, 6.

(4) Quanto alle servitù la prima menzione dell' « a°. c^a. » si ha nel principio del fr. 2 D. 8, 5; la seconda nel § 1, la terza nel § 3; probabilmente il fr. 4 pr. seguiva immediatamente nel testo ulpianeo, ma quì tale menzione non trovava luogo opportuno, manca anche nel § 1, dove è pur dovuto ai compilatori il brano « a.° de servitute utetur »; tale menzione ritorna nei §§ 3 e 5, dopo i quali §§ non trovasi più altra menzione di « a. c. », benchè continui la trattazione delle servitù e delle azioni relative nello stesso l.° 17 e ne siano stati escerpiti molti altri passi, sia per il titolo 8, 5, come per qualche altro dei digesti.

Che « confessoriam » sia insitizio parmi evidente. Forse che poteva non bastava dire « in rem agenti ? » (1) Poteva

(1) Circa l' uso di « in rem agere » o « actio », in particolare in Ulpiano, anche per la rivendica dei *iura* (fr. 5 §§ 1, 2 D. 7, 6; fr. 2 pr., §§ 1, 6, 7 D. 8, 5) : v. V I R. s. v. *res*, V, 122 ll. 8-13). Se nel fr. 7 § 12 D. 10, 3 Ulpiano dice « pigneraticiam [a?] in rem agenti », ciò si spiega dalla coesistenza dell' « a. pigner. in personam », onde questo passo non potrebbe fornire un argomento contrario alla nostra tesi; ma è poi genuina l'espressione « in rem », che non si suole aggiungere nemmeno da Ulp. a « pigneraticia », intendendosi di volta in volta dal contesto del passo di quale « a. pigner. » si parli? O forse non è spesso sostituita al vocabolo « Serviana » da quegli stessi che probabilmente accanto alla « Serviana » posero una « quasi Serviana », mentre tutt' al più l' azione generale da pegno sembra essersi chiamata « utilis Serviana » (Pap. fr. 1 § 1 D. 20, 1; fr. 1 pr. D. 20, 6)? V. circa l' espressione « a. q. Serviana » Fehr *Beitr.* citt. p. 48 segg.). Non voglio qui, del resto, disputare se il § 12, fino a « debetur » certamente genuino, si riferisca alla *fiducia*, per quanto non mi sembri probabile (lo stesso P. Krüger che nell' 11ª ed. dei Digesta lo pensava, nella 12ª ha cambiato opinione : v. anche per la letteratura Berger *Teilungsklagen* p. 58 segg., 60 n. 2, il quale pure propende per il *pignus*), ma anche dato che così fosse, non ne seguirebbe che anche il brano « idemque — offerat » si riferisse alla *fiducia*, chè anzi la l.ª aestim.° è manifestamente la stessa cosa del « debitum offerre », il che ci richiama all' azione ipotecaria, non alla r. vind.° del fiduciario. Piuttosto mi nasce il dubbio, che come è itp. il brano « et adsignetur — luere », debba esserlo anche questo brano che comincia con « idemque dicitur » e dichiara, cioè, valere la stessa soluzione data nel brano itp.; cadendo quello dovrebbe, a mio avviso, cadere anche questo; come ivi il debitore può offrire validamente l' intera somma dovuta e recuperare il pegno, così anche il possessor pignoris convenuto coll' azione ipotecaria può offrire la l.ª aestim.°, nella misura cioè dell' interesse corrispondente all' azione, e riscattare così il pegno.

Ulpiano dice anche « qui in rem Publicianam habent » nel fr. 7 § 2 D. 10, 3, e questo è anche l'unico passo dei Digesti ove si trovi « in rem P. » (V. I. R. V, 122 ll. 5-6), ma appunto se « in rem » è genuino, esso deve spiegarsi dal proposito di accentuare che l' « a. in rem » anche soltanto publiciana, legittima al iud.ᵐ c. div. (v. ora sul passo : Berger *o. c.* p. 66 segg.).

Finalmente, è da aver presente, a mio avviso, la sproporzione enorme nel numero dei passi in cui si usa « actione agere » (V. I. R. I, 124 ll. 29-42), in confronto di quelli in cui si usa « actionem agere », « a.° agitur » (V. I. R. I, 315, ll. 15-17); ora, nel fr. 5 § 6 D. 7, 6 si ha « confessoriam » come nel fr. 7 § 12 sopra cit. « pigneraticiam ». Nè basta. Se passiamo in rassegna i passi in cui si trova l'accusativo, il sospetto dell' interpolazione si presenta, più o meno grave, in tutti. In Ulp. fr. 5 § 3 D. 7, 6, non soltanto le parole « quae de u. f. aguntur », dato il contesto, sono evidentemente superflue, ma io dubito che siano genuine anche le precedenti « in his autem actionibus », con cui si vuole accennare ad entrambe le azioni; infatti nella trattazione che segue, Ulp. dopo aver discorso dei fructus nella confessoria, al § 6 si dice che come nella confessoria, così anche nella negatoria « fructus praestandi sunt », dichiarazione generica questa che sarebbe stata una ripetizione inutile, se già era

forse supporsi che all' usufruttuario spettasse la negatoria dell' usufrutto? Già l' antitesi col proprietario che agisce

---

contenuta nel § 3, il quale quindi doveva riferirsi soltanto alla confessoria. Inoltre, nei §§ precedenti si parlava *ex professo* della confessoria e così anche nel § 2, dove le parole » sive vindicet quis u. f., sive alii (*sic*) neget, per l' ipotesi della costituzione di un « u.s f.s partis fundi » non mi sembrano avere senso buono, poichè si capisce la vindicatio, ma non la negatoria; esse servono forse a preparare il plurale « in his actionibus *rell.* » (per l'interpolazione di quelle parole anche Pampaloni *o. c.* p. 145 n. 4, che però la spiega altrimenti). In Ulp. fr. 39 § 1 D. 3, 3 l'inutile pleonasmo infelicemente collocato « quamcumque actionem » ha tutta l' aria di un brutto glossema o di una interpolazione. — In Ulp. fr. 5 § 1 D. 6, 1, giustamente P. Krüger propone di sopprimere « actio » dopo « i. r. agetur » (cfr. Bas. 15, 1, 5, 1 : Hb. II, 156 « κινεῖται — ἀγωγή ». — In Ulp. fr. 1 § 12 D. 39, 3, colle parole « nec de dolo actionem », s' inizia un brano interpolato. — In Ulp. fr. 15 § 28 D. 47, 10, nè il senso attribuito ad « animadvertam », nè il brano da « id est » è superiore ad ogni sospetto; quanto al senso, dubiterei che si trattasse dell' esame del punto se dare o denegare l' « a.° iniuriarum », anzichè dell' esercizio di una vera e propria « animadversio », e forse dalla 2ª parte dell' editto sarebbe caduto perciò « in eum ». Il solo esempio che accanto a questo si potrebbe addurre per il senso quì attribuito all' editto (causae cognitio), è quello relativo alla restitutio dei minores (fr. 1 § 1 D. 4, 4), non l' altro pur citato in questo senso nel V I R. I, 444 l. 39, relativo a colui che costrinse al giuoco (fr. 1 pr., § 4 D. 11, 5), e ci si dovrebbe attendere in ogni modo nel nostro editto un « fecisse dicetur », come in quello dei « minores », non « fecerit », nè si comprenderebbe bene come Labeone avesse potuto dire che l'editto era « supervacuum » (§§ 25-27), se nella 2ª parte il pretore si riservava qui una « c. cognitio »; mentre, ammessa un' « animadversio » da parte del magistrato nel senso consueto (V. I. R. *h. v.*), l'obbiezione di Labeone potrebbe ben riferirsi alla prima clausola « ne — fiat » (§ 25). Ma, a parte questa congettura, non si spiega facilmente il mutamento di stile, da « iniuriarium agit » ad « agit i. actionem ». — In Paul. fr. 43 § 9 D. 21, 1, Mommsen propone di sopprimere « actio »; potrebbe anche essere che invece di « actio ante » fosse nel testo « actione ante ». — In Mod. fr. 21 pr. D. 40, 12 non occorre sottintendere « actio ». — Finalmente, in Gai. fr. 4 D. 2, 9 (« noxalis agetur ») a F.³ è dovuta la correzione di « noxalis » in « noxali » (sull' autorità di queste emendazioni provenienti da un « corrector antiquus », sebbene « non ordinarius », v. Mommsen *Praef. ad Dig.* LVII). Nè sarà forse inutile osservare come nelle costituzioni giustinianee (V. Vocab. del Longo, s. *agere*, e s. *agens*) l'uso di « agere » nel senso di « actione agere » non è molto frequente (in 9 su 41 passi con « agere »), come in un solo si usa « a.e agere » (L. 12 § 1a C. 3, 31), mentre si usa volentieri « causam, litem agere » (locuzione quest' ultima che troviamo in due soli passi dei Digesti, ma in uno per interpolazione [fr. 3 § 2 D. 26, 1], nell' altro [fr. 30 § 2 D. 3, 5] in un senso speciale); mentre « agens » per attore è usato assai spesso (11 passi su 20), quasi nel senso di chi spinge innanzi il convenuto, il « fugiens »; il « pulsatus », l' « inquietatus » (su questi due ultimi vocaboli : Kalb *R. Iurist.*² p. 128, p. 26). E in guisa analoga è usato assai frequentemente in Giustiniano « actionem »

colla negatoria e la rubrica stessa non potevano lasciare adito al dubbio che quì si trattasse della rivendica dell' usufrutto, e non di una servitù (non dico, della proprietà, chè sarebbe assurdo), posto anche che Ulpiano ammettesse l' usufruttuario ad agire « proprio » o « procuratorio nomine » per una servitù dovuta al fondo fruttuario (1). In ogni modo, poichè la parola « confessoria » è anche adoperata per la rivendica delle servitù, l' uso di essa quì non avrebbe potuto togliere di mezzo il malinteso, dato che fosse possibile. Per ogni riguardo dunque, quella parola è un pleonasmo, oserei dire, puerile e non può spiegarsi se non dal proposito dei compilatori di volerle dare almeno una volta diritto di cittadinanza, per indicare con essa la rivendica dell' usufrutto, e appunto là dove tale inserzione pareva può consigliabile (2). Una ragione più recondita, che condur-

---

(anal. « litem, querellam, quaestionem, intentionem, controversiam movere » e « moveri » : V. Longo, Voc. s. *movere*, e circa « a.^{m} movere s. moveri » v. *infra* p. 590, segg.

(1) Sulla celebre controversia circa il ius vindic. servitutium dell' usufruttuario, v. p. 531, n. 1. Come ivi è detto, mentre nei fr. 1 §§ 3, 4 D. 43, 25 e 2 D. 39, 1 Giuliano sembra riconoscerlo all' usufruttuario, sembra invece negarlo nel fr. 5 § 1 D. 7, 6 ; mentre Ulpiano sembra accedere nel fr. 1 §§ 3, 4 cit. all' opinione affermativa di Giuliano, sembra invece nel fr. 5 § 1 cit. accedere a quella negativa di Giuliano stesso, e a quella pur negativa di Labeo, Nerva e Marcello (fr. 1 pr. D. eod.). Inoltre la negativa è espressa in modo incisivo da Ulp. nel fr. 2 § 1 D. eod., dove si dice che nessun altro che il dominus può rivendicare una servitù. — Per l' antica letteratura v. Witte *o. c.* p. 413 segg., v. da ultimo Arangio-Ruiz, Arch. giur. 81 p. 428 segg. ; Pampaloni *o. c.* p. 143 segg. il quale spiega l' antinomia ritenendo che i compilatori, conforme alle loro nuove idee sull' usufrutto abbiano interpolato i passi affermativi, per negare tale diritto all' usufruttuario. Anche il fr. 2 § 2 D. 8, 5 « neque enim *soli* fructuario servitus deberi — utetur », dà a pensare ; il senso di *soli* è che, non potendo appartenere una servitù all' usufruttuario (fr. 15 § 7 D. 7, 1 : « et si forte — tenebitur » itp.?) non può avvenire che il proprietario del fondo in usufrutto costituisca a suo favore una servitù su un altro suo fondo, servitù che potrebbe appartenere soltanto all' usufruttuario, poichè « nemini res sua servit » : ma d'altra parte non mi par facile ammettere che abbia la « vind.° servitutis suo nomine », chi non può affermare « servitutem sibi deberi » (Le ultime parole « sed si — utetur », mi sembrerebbero una digressione poco opportuna ed anche il non breve inciso « per ea — constituerit » mi sembra sospetto; tutto è già detto con « quatenus est ad fruendum necessarium »).

(2) Il passo è, a mio avviso, sospetto anche nel brano che segue ad « utatur ». Già l'affermazione che i frutti sono da prestarsi soltanto quando

rebbe ad affermare invece la genuinità del vocabolo riguardo alle servitù, non era affatto nella mente dei compilatori. Il loro fine non era punto quello di equiparare anche sotto questo riguardo l' usufrutto alle servitù, ma di dare un contrapposto alla negatoria dei iura, delle res incorporales, servendosi di un vocabolo, già forse penetrato da tempo nella pratica giudiziale dei paesi d'occidente. Che sia così, è reso palese, come vedemmo, dai testi dei giuristi bizantini,

---

non sia « possessor qui agat » e quindi in ogni caso non nel senso processuale di possessor = convenuto, fa impressione, poichè, mentre l'usufruttuario non è mai *possessor*, ma detentore (Gai., II, 93 ; Vat. fr. 90, 91 ; fr. 1 § 8 D. 43, 3 ; fr. 5 § 1 D. 10, 4 ; fr. 6 § 2 D. 43, 16 ; fr. 52 pr. D. 41, 2 ; nè può opporsi in contrario il celebre testo di Cicero pro Caec. 32, 94), e, tutt' al più, è « quasi possessor iuris » o « iuris possessor » (Gai. IV, 139 ; fr. 23 § 2 D. 4, 6 ; fr. 27 D. 39, 5 ; fr. 3 § 17 D. 43, 16), il *dominus* è appunto il « possessor » per mezzo dell' usufruttuario o di chi detiene come tale ; e d' altra parte l'interd. quem u. f., che trovava luogo tanto nell' azione confessoria che nella negatoria (Lenel, *Edict.*[2] p. 458 e n. 9 ; cfr. Burckhard-Glück, Serie 39/40 I, nº 54) non parmi facilmente conciliabile con tale ipotesi. Certo, se è classica l' applicabilità della confessoria dell' usufrutto tanto nel caso di totale usurpazione del godimento, come in quello di semplice impedimento all' esercizio di una servitù a favore del fondo fruttuario (e in questo senso parlerebbe anche il § 2 I. 4, 6) deve essere stata possibile la confessoria anche per il c. d. possessor. — Ma l' avvertenza « nam et possessori competunt », che è inutile, poichè prima è detto « si non sit possessor qui agat », e dove ci si attenderebbe piuttosto « possessoribus », dato il senso distributivo della parola, e, per converso, il successivo passaggio al plurale « quod si possident *cet.* », anzicchè « possidet » lasciano dubitare della genuinità del brano che segue. Infine, anche la frase finale « quid ergo officium erit iudicis quam hoc, ut securus consequatur fruendi licentiam, proprietatis dominus ne inquietetur ? », mi lascia qualche dubbio, per ragioni di forma e di sostanza. Certo, l' « ergo » dimostra che si tratta del caso in questione, ma occorreva almeno « hic » o « his casibus », anche a prescindere da « licentia » col gerundio (che è spesso itp. : V. Seckel-Heumann, v. *licentia*) e da « inquietari » nel senso di « turbari », che potrebbero essere genuini. Sorprende, d' altra parte, l'enfattico interrogativo per una conseguenza che si presenterebbe così piana e naturale in quell' ipotesi, e, più ancora sorprende, perchè non si dica piuttosto il *come* coll' officium iudicis si ottiene questo risultato ; ci si dovrebbe attendere piuttosto un accenno alla « cautio » che il giudice deve imporre al convenuto (cfr. Iav. fr. 12 D. 8, 5 ; Paul fr. 7 D. eod. ; Ulp. fr. 2 § 18 D. 43, 8). (L'Arangio-Ruiz *Sulle az. conf. e negat.*, Scritti di Storia, di Filologia e di Arte, per le nozze Fedele-De Fabritiis, p. 152, aveva già sostenuto l' itp. del passo, per ragioni in parte simili, in parte diverse, da quelle qui addotte e nell' altro lavoro : *La struttura dei dir. reali su cosa altrui*, Arch. giur. 81 p. 421, si ripromette di dimostrare giustinianea l' estensione dell' azione de usu fructu contro turbative che non privano l'usufruttuario della detenzione).

i quali interpretando e svolgendo il pensiero giustinianeo, non si peritano di attribuire tale nome all' azione quante volte essa contenga, esplicita od implicita, l'affermazione di un diritto reale in genere, ed anche della proprietà stessa. Del resto, come le diversità sostanziali non vietano punto ai giuristi classici di designare collo stesso nome la rivendicazione di entrambe le categorie di diritti e di appaiarle fra loro, senza contare le numerose occasioni in cui istituiscono confronti fra l' usufrutto e le servitù (stipulazione, modi di costituzione [Gai. II, 31], accettilazione, legato ecc.) (1), così non vi è ragione per ritenere che alla tendenza all' unificazione delle due categorie propria del diritto bizantino, e più o meno formale, a seconda delle varie opinioni (2), debba attribuirsi l'estensione dell' appellativo « confessoria » dalla rivendica delle servitù a quella dell' usufrutto. E, d'altro canto con pari ragione, poichè ai « iura » appartengono in ogni caso entrambe le categorie, potrebbe ammettersi l' inverso, o piuttosto, che tale appellativo, come io ritengo, sia stato imposto insieme per la prima volta alla rivendicazione di entrambe le categorie di diritti.

Segue il fr. 2 pr. D. 8, 5 :

De servitutibus actiones competunt nobis [ad exemplum earum quae de usu fructu pertinent?], [tam confessoria quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat].

---

(1) Non menziono anche l' interd. q. legatorum, poichè nel fr. 1 § 8 D. 43, 3 il brano « idem-relicta » fu sospettato come insitizio.

(2) Esteriore, più che sostanziale, per quegli scrittori, che ritenendo aumentati d' assai i poteri dell' usufruttuario nel diritto giustinianeo, ammettono che le differenze rimangano, anzi si facciano più profonde, in confronto al diritto classico, dal punto di vista del contenuto, tra l' usufrutto e diritti analoghi da un lato, e le servitù dall' altro (Riccobono, Studi in onore di Scialoja I p. 594 n. 2; Baviera *Scritti giur.* I, p. 171 segg.; Bonfante *Istit.*⁴ p. 275; Perozzi *Istit.* I p. 499 n. 3; Arangio-Ruiz. *o. c.* p. 423); sostanziale, invece, per quegli scrittori, come il Pampaloni (*o. c.* p. 149 segg.) che nel l'unificazione nominale riconoscono un indice dell' unificazione, o almeno della tendenza all' unificazione fra le due categorie anche nel contenuto dei rispettivi diritti, ammettendo un processo storico inverso, tale, cioè, per cui i poteri dell' usufruttuario o titolare di diritti analoghi, diminuirebbero, anzichè accrescersi nel diritto bizantino.

Già, come notai, l' interpolazione di « confessoriam » nel fr. 5 § 6 D. 7, 6, appartenente allo stesso l. 17 di Ulpiano, come tutti gli altri passi ove si trova tale vocabolo, per le ragioni suindicate, la rende sospetta quì, comi negli altri passi ove se trova. Ma, anche prescindendo da un argomento che potrebbe parere una *petitio principii*, vi sono, a mio avviso, indizi particolari, che indipendentemente da quelle ragioni, fanno sospettare non poco della genuinità di questo passo. Anzitutto non sono certo le *actiones de servitutibus*, che competono « ad exemplum earum quae ad u. f. pertinent », bensì e tutt' al più le *formulae* relative, poichè le azioni come tali, almeno quelle delle servitù più antiche, non sono certo più recenti delle azioni de usu fructu, nè ad Ulpiano poteva venire in capo di dire che spettano le azioni *de servitutibus* sull' esempio di quelle *de u. f.* Ma, anche sostituendo *formulae* ad *actiones*, non scompare ogni difficoltà. È certo infatti che nell' editto le formole relative all'azione civile *de usufructu* precedono quelle relative alle formole delle singole azioni *de servitutibus*, ma in ogni modo queste « non competunt ad exemplum *earum*, quae ad u. f. pertinent », ma, tutt' al più, sono « propositae » o « proditae » o « in ius conceptae » sul tipo di quelle pertinenti all' usufrutto (1), mentre nel testo attuale apparirebbe un rapporto di dipendenza delle azioni o formole relative alle servitù da quelle dell' usufrutto, a cui Ulpiano non potera davvero pensare ; ed anche fatta astrazione da ciò l'*ad exemplum* (2) persuade poco, poichè questa espressione

---

(1) Anche della formola di un « a. civilis » si dice che è proposta dal pretore o nell' editto (v., ad esempio, Gai. IV, 7; Ulp. fr. 1 pr. D. 6, 1).

(2) Certo in varii passi il brano, ove si trova « ad exemplum », « exemplo » è itp. (v., ad es., L. 3 C. 8, 1; L. 2 C. 8, 4; L. 4 C. eod : Wissembach *Emblemata Tribon.* p. 403, 428; [in Pap. fr. 27 D. 39, 5 « ad exemplum interdicti » si riconnette a quello « quod fructuario proponitur » e quindi non ha il senso che ha nelle LL. ora citate e può ben essere genuino]; fr. 15 D. 39, 6; L. 2 C. 3, 34; L. 1 C. 8, 9; § 6 I. 2, 11; fr. 2 D. 6, 1; fr. 15 D. 39, 6 : cfr. Cugia *L' espressione m. causa* p. 62, p. 70 segg.). Nelle costituzioni giustinianee le locuzioni con « exemplum » (ad exemplum, secundum ex., exemplo, ad instar e simili), e quelle con « similitudo » (ad similitudinem, pro s. ecc.), si trovano usata entrambe con grande frequenza : 20 volte le prime, 33 volte le

serve, di regola, tanto in diritto classico che giustinianeo ad indicare una azione o formola utile, non indipendente da quella sull' analogia della quale è stata proposta (ex gr. : actio ad exemplum institoriae, l. Aquiliae, Servianae; utiles actiones de servitutibus ad exemplum earum quae ipso iure constitutae sunt [fr. 1 § 9 D. 43, 18], actio ad exemplum interdicti : v. n. 2), non formole che si riferiscono a rapporti affatto diversi ed hanno soltanto una somiglianza esteriore fra loro (1). Nè basta. La logica e l'euritmia esigerebbero che dal testo apparisse che di azioni o di formulae si parlasse al plurale nello stesso senso in cui si parla delle azioni o formulae dell' usufrutto, o in cui si parla al plurale ad es., delle in rem actiones de haustu (fr. 4 § 6 D. eod.); invece il plurale riguardo all' usufrutto dipende dall' esservi le due formole, positiva e negativa, mentre per le servitù il plurale ha un senso distributivo, avendo le singole servitù contemplate dall' editto la duplice formola, onde sembrerebbe quasi che per le servitù, come per l' usufrutto

---

seconde (Vocab. Longo, *hh.*[s] *rr.*[s]). Per converso, l' « ad exemplum » del testo originario (Coll. X, 7, 7) è scoraparso in fr. 27 § 7 D. 9, 2.

(1) Qualche lieve differenza riguardo a singole formole delle azioni di servitù, in confronto alle altre, e all' a.° de u. f., così riguardo alle formole confessorie che contenevano « invito N. N. » (Lenel *Edict.*[2] p. 189) non può essere addotta per contrastare la generale affinità di tutte queste formole; più vi contrasta, forse, il tenore positivo che hanno talune formole di azioni negatorie. Una differenza anche più grave fra le azioni *de servitutibus* e l' a.° de u. f. si avrebbe, se dovesse accogliersi la dottrina del Lenel (*Edict.*[2] p. 188), secondo la quale in quelle, a differenza di questa, mancherebbe la clausola arbitraria nella formola. Ma v. *contra* : Pernice *Labeo* II[2], 1, p. 89 n. 2; Dernburg *Pand.* I[6], § 255 n. 2; Cuq *Instit. jurid. d. Rom.* II p. 294 n. 5; Girard *Manuel*[5] p. 349 n. 1, p. 380 n. 2; anche il modo con cui si esprime Accarias *Précis* II[4] p. 843 segg., induce a ritenere che egli la ammette pure per le azioni de servitutibus. Per me, non costituisce un argomento contrario al Lenel, quello che spesso è dedotto dall' « ad exemplum » del nostro fr. 2 § 1 per le ragioni delle nel testo, come non grave mi pare l'argomento che il L. trae dal fr. 19 § 3 D. 5, 3, che si riferisce alla restituzione nel senso di *reddere*, nella h. petitio. Tutto considerato, parmi che le maggiori probabilità siano per l' esistenza della clausola in entrambe. Oltre il fr. 7 D. 8, 5 e gli altri testi ove si parla di *restitutio*, si può ricordare il fr. 17 D. 44, 2 (Cuiacio, V, 1319, opp. Prati). Anche Gaio nel lacunoso passo, IV, 114, riferendosi alle a.[e] in rem senza limitazioni, dice « quia formulae verbis id ipsum exprimatur » (Krüger-Studemund, ed. 5.[a]), e cioè, in grazia della clausola arbitraria, mentre dal § 31 I, 4, 6 (v. p. 565 segg.) non si posson trarre argomenti pro o contro.

ci fosse una sola confessoria ed una sola negatoria. Così, più sotto ci si dovrebbe aspettare non « confessoria », ma « confessoriae », se non anche « negatoriae » o « negativae » (1). Il sospetto si aggrava se si considera la frase « confessoria competit ei qui *servitutes* sibi competere contendit » ; un giurista classico avrebbe detto certamente « ius aliquod » o « servitutem », o « s. aliquam » (2). Al « negat » dovremmo far seguire mentalmente « alii competere » o « ad alium pertinere », o, almeno, « ei competere » ; ora se « *sibi* » è assurdo, assai poco accettabile, se non addirittura illogico è anche *ei*, perchè si verrebbe a far coincidere la negatoria e la confessoria per la stessa ipotesi di fatto, un caso che non è punto normale (3), senza contare lo scabroso « servitutes » che aggraverebbe la difficoltà.

---

(1) Già l'osservazione è stata fatta giustamente dal Dernburg *Pand.* 1[6], § 255 n. 1 ; Leonhard, in Pauly-Wissowa's *R. E.* v.° *confessoria actio*. Cfr. § 2 I. 4, 6, dove forse invece di « a.° de iure praed. urbanorum » era scritto nell' originale « a.ª de iuribus » [o « servitutibus] p. u. ». In Gai. IV, 3, si comprende bene il tacito riferimento a ciascuna delle azioni positive nella frase finale : « at cum actio ex diverso est adversario negativa ».

(2) Cfr. Gai. IV, 3. Il plurale in Paul. fr. 25 § 18 D. 10, 2 (servitutes praediis hereditariis — debitas passus est non utendo amitti), è invece usato ben a proposito, poichè il coerede è responsabile per tutte le servitù estintesi per non uso in tutti i singoli fondi ereditarii (v. Berger *o. c.* p. 127).

(3) Nel fr. 8 § 3 D. eod. « negat » regge appunto un sottinteso « ei competere » : un passo che sembrerebbe contrastare col principio della legittimazione attiva di chi si trova nell' esercizio di una servitù. Per metterlo in armonia coi testi che tale principio affermano (§ 2 I. 4, 6; fr. 5 § 6 D. 7, 6; fr. 4 § 5 D. 8, 5; fr. 6 § 1 D. eod.; fr. 1 pr. D. 7, 6), bisognerebbe pensare al caso in cui entrambe le parti ad un tempo richiedano, l' una la confessoria, l' altra la negatoria, nel qual caso la parte di convenuto sarebbe assegnata al possessore (Witte, Linde's Z. N. S. 13, p. 418 segg.). Nel fr. 5 § 2 D. 7, 6, dove però c' è « alii neget », il brano « sive-neget » è molto sospetto (v. p. 578 n. 1); anche volendo supporre mentalmente la costituzione di un usufrutto per quota « a non domino » e possessore, bisognerebbe ammettere che il vero dominus avesse costituito l' usufrutto ad altro, ora rivendicante. Ma allora, anche prescindendo da ciò, che dovrebbe essere un' altro *quis* l' attore colla negatoria, l' *alii* non reggerebbe, perchè questa dovrebbe intendersi diretta contro colui al quale l' usufrutto fu ceduto a non domino. — Non può infine sfuggire la stretta somiglianza del periodo « tam-negat », col brano § 1 I. 3, 27 « sed domino quidem rei gestae adversus eum qui gesserit directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria ». Questa pedantesca e poco peregrina notizia è dovuta ai compilatori : cfr. Gai. fr. 5 pr. D. 44, 7; Segrè *Sulle form. relat. alla neg. gestio* ecc. Studi Moriani II p. 293 n. 2.

Il passo adunque, a mio avviso, è dovuto in grande parte ai compilatori. Difficile è congetturare come suonasse il testo genuino; forse parrà non molto lontana dal vero la congettura che Ulpiano quì accennasse che alcune delle azioni hanno formole edittali, altre invece, non edittali, fossero concepite « ad exemplum » delle prime; i compilatori a cui poco premeva tale osservazione, ed a cui interessava piuttosto accennare, da un lato, all' affinità delle singole azioni di servitù con quelle « de usu fructu », e menzionare dall' altro il nome comune dato a tali azioni, avrebbero ricostituito il brano sulle ruine del passo ulpianeo ed in parte col materiale offerto da esso.

Le interpolazioni dei passi che seguono dipendono tutte dal proposito dei compilatori di sostituire, in quanto era possibile, alla trattazione speciale della servitù singola di cui si tratta dal punto di vista della vindicatio e della negatoria, una trattazione generica delle servitù ed alla indicazione della relativa azione o formula, la generiche dizioni « a.° de servitute », o « confessoria actio », o « confess.ª a.°, quae de servitute movetur » e simili. Da ciò si spiega anche lo stralcio e la collocazione altrove di passi del l. 17, che meno si adattavano a questo scopo (1).

Infatti, come ha ben visto il Lenel (2), il fr. 2 § 1 D. h. t.: « Haec [autem?] in rem actio [confessoria] nulli alii quam domino fundi competit : [servitutem enim nemo vindicare potest, quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi?] »

faceva già parte dalla trattazione ulpianea delle servitutes pr. rusticorum, e come tutti i §§ che seguono, così tutto il resto del l.° 17 trattava delle singole servitù a cominciare dalle servitù di iter, actus ecc., e prima delle servitù

Si noti che neg. gestor sarebbe nelle fonti classiche un « unicum »; nel fr. 24 D. 49, 1, come si rileva dal genuino fr. 64 D. 42, 1, era scritto « negotiorum gestorum, » e furono i compilatori a mutare « gestorum » in « gestor », voce che si trova una volta anche nelle costituzioni giustinianee (L. 24 pr. C. 2, 18); ed anche la genuinità di « itaque-gestorum » in Gai. fr. 2 D. 3, 5, ove si parlava ex professo dell' azione pretoria del gestore, mi pare ora dubbia.

(1) V. Lenel *Paling.* Ulp. nn.ⁱ 594-602.

(2) *Pal.* II, c. 547 n. 1.

rustiche, poi delle urbane. Così qui l' « haec autem in rem actio confessoria » che nell' attuale contesto si riferisce alla confessoria e negatoria in genere, di cui è parola nel fr. 2 pr., invece nel passo originario si ricollega alle formole proposte per la vindicatio del ius eundi, agendi. E mentre il classico diceva « haec actio », parlando dell' a. de itinere, e sottantendendo la formola positiva, i giustinianei conforme allo schema ed alla generalizzazione propostasi, parlano di *questa* azione confessoria alludendo invece alla confessoria per tutte le servitù in genere, dove l' *haec* è manifestamente di troppo, e dove parrebbe che soltanto la confessoria competa esclusivamente al dominus e non fosse così anche della negatoria. Non si può negare poi che questo § consta di due periodi, di cui il secondo, malgrado l' *enim*, non fa che ripetere con altre parole ciò che è detto nel primo : cosicchè non parmi troppo infondato il sospetto che il secondo sia stato aggiunto per rincalzare l' affermazione generale contenuta nel primo, o che almeno il duplice « servitutem » sia venuto al posto di « ius eundi agendi » (1). Analogamente, i compilatori sostituivano il generico « de servitute actio » a « haec actio » di Ulpiano, che si richiamava alla particolare formola della servitù a. n. tollendi, prima riferita, nel fr. 4 § 7 D. eod. (2).

Tipici per queste manipolazioni dei compilatori si rivelano due passi il fr. 4 pr. e § 1 D. eod., ove Ulpiano continuava la trattazione del ius itineris : fr. 4 pr. « Loci corpus non est dominii ipsius [cui servitus debetur, sed] <qui> ius eundi habet » : § 1. « Qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, [actione de servitute utetur] ».

Nel primo non può essere dubbio che le parole tra uncini sono interpolate; si voleva generalizzare il principio e ne è venuto fuori un periodo che suona così : il locus non è di proprietà di quello stesso cui appartiene la servitù, che si esercita su quel *locus*, ma ha il ius eundi! Evidentemente, il passo si riferiva soltanto all' *iter*, come per la *via* nel fr. 2

(1) Per analoga interpolazione in fr. 4 pr. D. eod. v. *infra*.
(2) Lenel *Paling.* II, c. 518 n. 4.

§ 21 D. 43, 8 si dice « viae privatae solum alienum est, ius tantum eundi et agendi nobis competit » (1). Quanto al secondo, sia o no da sostituirsi al periodo tra uncini « hac formula » o « hac actione utetur » o altro, non vi ha dubbio che il testo suonava altrimenti e che anche ivi i compilatori per generalizzare lo hanno mutato, e in guisa tale che il problema non ha ora in quelle parole alcuna soddisfacente risposta (2).

---

(1) Anche nel fr. 1 pr. D. 7, 6 « ac per hoc — uti frui » è sospettato, mi pare non senza ragione dal Bremer *I. All*, II, 1, p. 226, poichè, mentre prima si parla di « servitus » in generale poi si fa il caso dell' « ire agere ». Ma la cosa però potrebbe anche spiegarsi da ciò, che si tratta di un esempio tipico, oppure potrebbe darsi che fossero invece itp. « servitus » e « servitutem ». Anche in Paul fr. 19, § 3, D. 5, 3, prima si parla in genere di « servitutes », poi bruscamente si passa a parlare dell' « iter actus ». Ma se anche il passo è genuino, occorre osservare che ivi non si trattava delle singole servitù, ma della « h. petitio ». Quanto ai fr.ª 1 §§ 1, 7; 3 §§ 13, 14; 5 § 3 D. 43, 18 (v. H. Krüger *o. c.* p. 70 e n. 80), nel § 1 mi pare molto sospettabile « pertinens ad rusticas tantummodo servitutes » (come è noto, questo testo sta a base della dottrina che iter, actus, via, possono essere rustiche ed urbane): l'aggiunta itineris actusque era richiesta dalla chiarezza. Quanto agli altri, non vi è ragione di dubitare della genuinità del vocabolo generico « servitus », poichè nella trattazione relativa all' interd. de itinere actuque [privato], de i. a. reficiendo, si capisce troppo bene di quali servitù si parli.

(2) Sulla celebre questione dell' « actus sine itinere » e del significato del fr. 4 § 1 : v. Scialoja, Bull. i. dir. rom. 2 p. 165 seg.; Landucci, Atti Ist. Ven. 65, II, p. 1307 seg.; Lenel *Edict.*² p. 187, n. 1; Karlowa *R. R. G.* II, p. 499: Arangio-Ruiz *Per la classif. delle serv. di passaggio*, Studi per Brugi p. 249 n. 3, p. 250 seg. e n. 1. Che la questione posta in questo fr.° riguardi l'azione, o meglio la formola, risulta chiaro dal tenore del passo. Ulpiano non prospettava qui la questione della validità o meno della costituzione di un iter sine actu o di un actus sine itinere. Già perciò non potrei consentire nella spiegazione del Landucci, secondo il quale Ulpiano direbbe che una tale costituzione dovrebbe interpretarsi non come detrazione rispettiva, dell' « actus », o dell' « iter », ma come costituzione di iter e di actus senza aggiungervi l'*actus* o l'*iter*; nè, come giustamente osserva Arangio-Ruiz *o. c.* p. 343 n. 3 i. f., Ulpiano avrebbe potuto dire, se tale fosse il senso del passo, che alcuno « iter sine actu » o « actum sine itinere *habet* » anche senza contare l' « a^c de servitute *utetur* ». D'altra parte troverei strana la costituzione di un « iter sine actu », la si interpreti nel senso di « iter detracto actu », o senza l'aggiunta dell' « actus ». — La spiegazione più probabile resta quindi, a mio avviso, quella che il fr. 4 § 1 parlasse dell' iter et dell' actus puri e semplici, in relazione all' unica formola che si adattava a far valere distintamente l'uno o l'altro mediante l'opportuna soppressione (secondo il Lenel, *Edict.*² p. 187, anche solo mentale, in grazia dell' asindetico « ire agere », secondo lo Scialoja *l. c.* p. 167, mediante reale cancellazione dell' uno o dell'

Nel § 2 Ulpiano continuava a trattare della « servitus » e della « vindic.° itineris », e la stessa generalizzazione giustinianea constatata nel fr. 4 pr., e § 1, nel fr. 2 § 1 nel fr. 4 § 7 D. eod. si riscontra anche qui ed in più punti del passo :

[In confessoria actione, quae de servitute movetur] <in hac actione> fructus etiam veniunt. sed videamus, qui esse fructus [servitutis] <itineris> possunt : et est verius id demum fructuum nomine computandum, si quid sit quod intersit agentis [servitute] <ire> non prohiberi. Sed et in negatoria actione, ut Labeo ait, fructus computantur, quanti interest petitoris non uti fundi sui *itinere* adversarium : et hanc sententiam et Pomponius probat.

L' « itinere » dimostra bene a che si riferiva l'intero passo; « (fructus) servitutis » ; « servitute (prohiberi) » sono stati sostituiti a « itineris » e « ire ». Si aggiunga la pesantezza della frase « in confess. actione, quae de servitute movetur », cosi conforme allo stile bizantino (confessoria ἀγωγή, ἥτις περὶ δουλείας κινεῖται) ed i pleonasmi che essa contiene, estranei al linguaggio classico, donde appare che essa è venuta al posto di « in hac actione », od « in itineris vindicatione ». In particolare, su « actionem movere, *sive* moveri » la statistica dei passi giustinianei confrontata con quella dei passi dei giuristi classici dà risultati non solo curiosi, ma a mio avviso molto significanti. Come risulta dal Vocabolario del Longo, nelle costituzioni giustinianee

---

altro termine dalla formola destinata alla *via*, ciò non toglie che, come osserva giustamente Landucci *l. c.* p. 1315 n. 1, p. 1318, non sia strano che U. per designare semplicemente l'*iter* e l'*actus* avesse bisogno di aggiungere rispettivamente « sine actu », « sine itinere », e che non rimanga lo stridente contrasto con l'affermazione contraria di Paolo in fr. 1 D. 34 1 (Brugi *Trad. annot.* di Glück; *Comm. Pand.* VIII p. 277 n. *pr.*; Arangio-Ruiz *l. c.* p. 245). Non riterrei impossibile che i compilatori abbiano alterato il passo anche più profondamente che lo stesso Scialoja non ammetta; il testo classico doveva appunto parlare della detrazione della menzione nella formola dell' « agere » se si trattava di « iter », di « ire » se si trattava di « actus »: i giustinianei avrebbero cancellato l'ultima parte ed introdotto a proposito del « ius itineris » ed « actus » la menzione della rispettiva mancanza dell' « actus », e dell' « iter » in sostituzione di ciò che era detto riguardo alla formola, e che essi soppressero e mutarono nel frase poco concludente « actione de servitute utetur ».

« movere » e « moveri » si trovano 7 volte in senso diverso da quello di « actionem, litem, quaestionem, controversiam, causam, querellam, intentionem movere — i »; in tutti gli altri passi, e cioè in 44, si riferiscono all' *agire* : aggiungendo a questi 2 passi con *movens*, si arriva a 46, e di questi la grande maggioranza ha « actionem movere *s.* moveri ». Non occorre di più per dimostrare la predilezione dei compilatori per questa forma, in antitesi coll' uso scarso che essi fanno di « agere » e « a.^{e} agere » nello stesso senso. Ciò è anche confermato dal confronto fra i due testi delle costituzioni che dal Cod. Teodosiano e dalle Novelle postteodosiane passarono nel Cod. giustinianeo, dove vediamo sostituito « actionem, litem, quaestionem, querellam movere [i] », ad « actionem deferri, decerni, impetrari, intendere », a « petitionis aditus, de inoff. agere, actione experiri etc. » (1). Nei testi della giurisprudenza classica, invece, il quadro si presenta diverso. Abbiamo due soli passi con « causam movere » (2), molti con « controversiam m. » altrettanti all' incirca, quanto quelli con « controv. facere » (3). Quanto ai passi con « a.^{m} movere [i] », se si confronti il loro numero con quello dei passi recanti « agere », « a.^{e} » e « iudicio agere » [« a.^{m} exercere, instituere, a.^{e} experiri »], il rapporto, di fronte alle costituzioni giustinianee può ben dirsi invertito ; sotto « a.^{m} movere [i] » abbiamo, oltre il nostro, un numero relativamente esiguo di passi (4). E nessuno di questi ci è pervenuto fuori della compilazione ; inoltre qualcuno fu già riconosciuto gravemente sospetto, e la maggior parte degli altri mi sembrano pure sospetti (5). Se, quindi, non si

---

(1) Marchi *Le interpol. risult. dal confr. tra il Gregor.* ecc. v. *movere*, Bull. di. dir. rom. 18 p. 5 segg.

(2) Call. fr. 1 § 4 D. 49, 14 ; Pap. fr. 2 § 2 D. 40, 15; cfr. Constantin. L. 13 C. 7, 62.

(3) V. I. R. v. *controversia*. Per « litem, quaestionem, querellam, iudicium [de inoff. test.], interdictum movere », v. Seckel-Heumann, v. *movere*.

(4) V. I. R. I, 122 ll. 16-18.

(5) Passiamo rapidamente in rassegna questi passi. In Maec. fr. 18 § 5 D. 49, 17 (un fr. che parmi sospetto anche in altri punti : p. es. nel § 3 « verius est — defensionis necessitatem patri non imponendam » [cfr. ad

può asserire in modo assoluto che tale forma sia estranea ai giuristi classici, come è estranea al lessico ciceroniano (e già il fatto che in Livio [5, 24] si trova « actio movebatur » in un senso non lontanissimo da quello che ha la stessa frase nei nostri passi [Thes. l. l. v. *actio*, II, 5], e che lo stesso

---

esempio, L. 8 § 1a C. 6, 61; fr. 9 § 1 D. 23, 3 « sed benignius — indotata » itp.], nel § 1 « et in summa — impediatur. Itaque negabimus — dotalis praedii »), il brano « sed — habiturum », può anche essere che corrisponda alle vedute di Meciano circa il carattere del peculium castrense, ma non è improbabile, che sia un' addizione dei compilatori richiamata dall' obbligo della satisdatio in solido, se il pater crede (come lo potrebbe qualsiasi altro) di assumere la defensio del filius per i debiti assunti in relazione al peculium castrense. Per vero il modo in cui è espresso il principio che il pater come rappresentante giudiziale del filius nella persecuzione dei correlativi crediti deve analogamente la satisdatio de rato, non mi sembra esattissimo; non già « eius filii nomine » come qui è detto, lo rappresenta come un altro procurator, bensì « eius peculii nomine », soltanto, cioè per la persecuzione giudiziale dei crediti attinenti al peculio castrense (Cfr. sul passo: Fitting *Das castr. peculium* p. 105 n. 2, p. 138 n. 18, p. 157 segg.). — In Scaev. fr. 20 D. 5, 2, il brano « totiens — ali », del quale il periodo « nec — exercere » fu già ritenuto una glossa da Bekker (ed. Krüger[12] *h. l.*), sotto l' apparenza di una motivazione che è inutile, è una lunga ed inopportuna digressione, per cui difficilmente si riesce a riallacciare, come pure è necessario, al lontanissimo « accipere » l' ultimo brano « ne unquam — adversarius »; pessimo poi il « movere debet » per « m. potest ». Scevola, giurista così preciso e stringato, probabilmente aveva detto semplicemente « qui de inofficioso vult dicere, licet negetur filius, Carb. possessionem non debet accipere, ne unquam melioris condicionis sit, quam si confitetur adversarius ». — In Paul. fr. 6 § 1 D. 3, 4 [« actionem per eum movendam *cet.* »], fr. 5 D. 47, 23 [« qui eam movet »], fr. 17 § 1 D. 13, 6 [« contraria commodati actio sine principali moveri potest *cet.* »] non trovo sufficienti ragioni di sospetto, per quanto, circa il fr. 17 § 1, non mi consti che di « principalis » in questo preciso senso vi siano altri esempi (v., ad ogni modo, sul passo Lenel *Edict.*[2] p. 246; Arangio-Ruiz, *Le form. con demonstratio*, p. 21 segg.). Quanto a Paul. fr. 41 D. 13, 7, si può forse osservare, che nel brano « sed si — moveatur » egli sembrerebbe porre innanzi una terza ipotesi (ciò che ha tratto qualche volta in inganno gli interpreti, mentre in realtà si tratta ancora della prima, di cui già era stata data la soluzione ed anche la ragione, che si desume chiaramente dalle parole « non idem dicendum est — debet ». — In Ulp. fr. 10 D. 19, 1, l'interpolazione di « quod si prius — commodum » fu già sospettata da Lenel *Pal.* II c. 1182 n. 10; per vero ciò che qui si afferma non si comprende come possa avvenire nel sistema formolare, inoltre sembrami inconciliabile con ciò che è detto prima, se si toglie, come mi parrebbe necessario per evitare una evidente tautologia « si velit separatim duarum actionum commodo uti (a.[s] commodum : unicum! Cfr. sotto commodum contractus). Del resto, dubiterei anche della genuinità dell' intero brano che precede « et debere hereditarium »,. il quale par che

[28, 11] parla di « mentionem rei movere », come Quintiliano [3, 6, 18] di « coniecturam movere », consiglia cautela), certo gli indizi qui recati concorrono nel loro insieme colle altre ragioni prima indicate a far ritenere che le parole iniziali di questo passo sono fattura dei compilatori.

---

serva a preparare, secondo il piano dei compilatori, la soluzione data nel brano « quod si prius — commodum »; la responsabilità per evizione verso il compratore, e quella verso colui del quale questi è erede, sono due responsabilità diverse e dipendenti dalla duplice vendita della stessa cosa (palam est duas evictiones p. d.). — In Ulp. fr. 36 D. 42, 5 (45 o 47? ad Sab. [V. Lenel *Pal.* II c. 1180 n. 4]) è già sospettato (Krüger ed. 11-12 *h. l.*) come glossema il brano « hoc est — supterfugit » che precede « ne secum actio moveatur », ma è poi corretto « secum — a.m moveri », anzichè « adversus se » o « sibi a. m. »? A me pare scorretto (più correttamente : fr. 10 § 24 D. 42, 8 « adversus quem a.o movetur »). Si ha qui una forma, che fa il paio coll' opposta, ed altrettanto sospetta di « agere adversus » o « contra aliquem », anzichè « cum aliquo ». D' altra parte era già detto sopra « ut creditorem evitet ». Chè se, come ritiene il Lenel (*l. c.*) il passo si riferisce al vadimonium desertum, la frase « ne secum aliqua actio moveatur » non parmi possa essere genuina; la generalizzazione deve essere giustinianea. Del resto l'intero brano, che comincia col « nam et », in questo senso caro ai compilatori e finisce con un brutto « tam » (che Momms. cancella) potrebbe ben essere insitizio. Ulp. (73 ad ed.) fr. 10 § 24 D. 42, 8 è pure un passo che i compilatori non hanno lasciato intatto. Se *haec actio* sia genuina o si trattasse di un interdictum utile non discutiamo (V. Lenel *Edict.*[2] p. 480 segg.; Solazzi, Bull. i. dir. rom. 15 p. 137 segg.; Girard *Manuel*[5] p. 430 n. 1). Ma si noti la durezza del periodo « haec actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit ». Inoltre perchè « movetur » avesse senso buono, si dovrebbe intendere, mi pare, in un significato nuovo, e, cioè, non nel senso che effettivamente l'azione sia fatta valere, ma nel senso, che si può far valere, insomma come fosse « datur » o « competit » (quanto alla non genuinità dell' inciso « idcirco — putavit » : Albertario, Z. Sav. St. 32 p. 318). Nè parmi si possa obbiettare che è già qui tacitamente presupposta la legittimazione passiva. Già è difficile ammettere perchè Ulpiano allora non avrebbe detto più semplicemente « de eo, quod ad eum quocum agitur, pervenerit, competit », ma poi vi si oppone quel che segue, dove Ulp., in un brano (« sive igitur — perveniret ») la cui piena genuinità è pure contestata (Lenel *l. c.*), traeva dall' affermazione anteriore la conseguenza che l' azione nella misura dell' arricchimento spetta post annum contro chiunque ha conseguito un lucro dall' atto fraudolento; e poichè l' « alius quivis » non può essere una persona qualunque, ma quella che sarebbe altrimenti passibile dell' interdetto fraudatorio, perciò questo doveva essere in qualche guisa accennato nel brano precedente (e. g. : adversus quem interd. intra annum datur ») : le manipolazioni dei compilatori avrebbero anche qui fatto sparire l' accenno all' interdetto. —In Ulp. fr. 17 § 17 D. 47, 10 non parmi punto superiore ad ogni sospetto « et numquid — actionem », se non altro per la sua forma barocca (« et numquid is, qui iniuriarum vult

Restano ancora da esaminare due passi : il fr. 2 § 3 e il fr. 4 § 5 D. eod.

Fr. 2 § 3 : « Pomponius dicit fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est : [alibi enim de iure, [id est in confessoria actione], alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur] : quod et Iulianus libro quadragensimo octavo digestorum scribit. Pro sententia Iuliani facit, quod Labeo scribit, etiam si testator usus sit qui legavit usumfructum, debere utile interdictum fructuario dari, quemadmodum heredi vel emptori [competunt haec interdicta] <datur ? (1)>.

Il brano « alibi — quaeritur » fu anche dal Pampaloni (2) ritenuto compilatorio, come gli altri passi che negano

---

a.m movere (perchè non « agere » ? o « qui vult i. a. movere » ?) segnitior (? e in confronto di chi ?) vel inutilis admodum, qui non sufficiat ad rei cuius administrationem, ac per hoc (?) nec ad actionem »). [L'itp. è avvertita ora anche dall' Albertario in un lavoro in corso di stampa, di cui ebbi notizia quando questo era già in bozze]. — E finalmente, quanto a Marcian. fr. 37 § 1 D. 47, 10, *a priori* il sospetto che ben può cadere sulle ultime parole « condemnatione aestimatione iudicis facienda », non vi è motivo che si estenda anche a quelle precedenti « etiam ex lege Cornelia iniur. a.° civiliter moveri potest ». Ma, tuttavia, il passo lascia aperto l'adito a qualche dubbio. Che per le ingiurie contemplate dalla l. Cornelia si possa agire anche « civiliter », quantunque sia già un « privatum iudicium » quello ex l. Cornelia (Paul. fr. 42 § 1 D. 3, 3) è riconfermato da Ulp. fr. 7 § 6 D. 47, 10, e nello stato attuale del passo è esclusa l' interpretazione, pur di frequente accolta, che lo riferisce al « iud. ex l. Cornelia » (V. Girard, *Mél. Gérardin* p. 265 n. 1, p. 279 n. 2). Ma è almeno singolare 1°) che Marciano abbia espresso questa massima nelle sue Istituzioni senza richiamo alla fonte in qualche guisa innovatrice; 2°) che egli dica che anche in forza della l. Cornelia, e cioè secondo la lettera o la sententia di essa, si può agire « civiliter *cet.* », il che non è : avrebbe dovuto dire piuttosto che anche per le ingiurie ivi contemplate si può agire civiliter. Da ciò il dubbio che il passo nelle Ist. di Marciano si riferisse all' a.° iniur. della lex Cornelia e che i giustinianei l'abbiano trasformato per fargli esprimere il principio della concorrenza fra l' a.° ex l. Cornelia e l' a.° iniur. pretoria (Coll. II, 5, 5). Anche l'antitesi fra un sottinteso « criminaliter » (per un iudic. privatum) è « civiliter » (per un' azione pretoria), anzichè « ex edicto », tanto qui come in Ulp. fr. 7 § 6 cit., può, mi pare, dar luogo a sospetto; in Paul. sent. V, 4, 3 « civiliter » sta in antitesi con « extra ordinem » (Cf. Ferrini *Fonti delle istit.*, Bull. ist. dir. rom. 13 p. 190, che ravvisa in questo passo una sfigurata riproduzione parziale del § 10 I. 4, 4).

(1) Cfr. Ulp. fr. 1 § 37 D. 43, 20.

(2) *o. c.* p. 145 e n. 5.

il « ius vind. servitutium » all' usufruttuario. Indipendentemente dalla nota antinomia fra i testi relativi a questo punto (1), e pur trascurando, che « alibi » si trova in questo solo passo nel senso di « alia in causa » (2), e che Giuliano apparirebbe qui essere dell' opinione che nega all'usufruttuario il « ius vind. servit. », osservo anzitutto non essere esatto ciò che ci è detto in questo brano, poichè non soltanto nella confessoria, ma anche nell' « interd. de i. a. reficiendo », *de iure* quaeritur, e la circostanza che occorre anche il fatto dell' *usus* (3), non toglie punto che sia erroneo dire che in un caso si fa questione *de iure*, cioè nella conf. actio, nell' altro *de facto*, come nell' interdetto de itinere; anche per quella si sarebbe dovuto dire *ut* e non *id est*. Si può quindi ritenere già per questo non genuino « id est in confessoria actione », e con maggior ragione di quella per cui molte altre simili esplicazioni con « id est » od « hoc est », si stimano glossemi o tribonianismi. Ma che non sia genuino anche il resto del brano tra uncini, mi pare reso probabile dalle seguenti considerazioni. In questo passo, evidentemente, si parla di un caso diverso da quello del § 2, dove si accennava invece ad un « iter » necessario per l' esercizio dell' usufrutto, non all' « usus » della relativa servitù. Ora se Pomponio, per bocca di Ulpiano, od Ulpiano stesso avesse addotto a giustificare la legittimazione dell' usufruttuario all' interdetto « de itinere », la ragione che quì non viene in conto se non il fatto dell' « usus » nell' anno, non tanto sorprenderebbe che Ulpiano avesse addotto come ulteriore argomento per l' opinione di Giuliano la sentenza labeoniana che dispensa dal requisito dell' « usus » l' usufruttuario (come l' erede e il compratore) se ha usato dell' « iter » l' autore, quanto il ricollegamento di questo argo-

(1) V. *retro* p. 580 n. 1, p. 531 n. 1. Quanto alla legittimazione passiva nella vind.° della servitus o. fer., essa è pur negata energicamente all' usufruttuario (Paul. fr. 1 § 1 D. 8, 2 « mecum » [*sc.* domino] in solidum agi potest, tecum [*sc.* fructuario] nullo modo).

(2) V. I. R. *h. v.*

(3) Fr. 3 §§ 11, 13, 14 D. 43, 19 : occorre, cioè, che risulti e l' appartenenza della servitù, e il « ius reficiendi », e l' « usus. ».

mento al « factum » di cui prima sarebbe parola. Si comprende bene, cioè, che se l' interdetto è concesso *utiliter* al legatario dell' usufrutto non utente, sulla base dell' *usus* del testatore, gli sia concesso se usa egli stesso, ma ciò non dipende dal semplice *factum* dell' uso, come sarebbe detto qui, ma da ciò, che l' usufruttuario, esercitando egli stesso, acquisterebbe, secondo l' opinione di Giuliano, per sè e non per il proprietario l' interdetto in questione, a differenza di tutti gli altri per l' uso dei quali il proprietario « retinet servitutem » (1), onde in questo riguardo si trova in posizione analoga all' *heres* ed all' *emptor* (2). Quindi la ragione data sopra, che nell' interdetto si ha riguardo al fatto dell' uso nell' anno della servitù, mi sembra ben lungi dal giustificare la sua concessione all' usufruttuario. Mentre l'interdetto non spetta se non a colui qui « suo iure uti se credidit » (3), vuole cioè esercitare la servitù come signoria propria sulla cosa, all' usufruttuario esso è concesso in proprio, sia che eserciti la servitù come propria, o « fundi nomine », e questo essendo un principio che non si estende agli altri detentori, la spiegazione data della spettanza dell'interdetto ad esso con ciò che quì « non de iure », ma « de facto quaeritur », non mi pare che spieghi punto la cosa. Infatti, anche considerando l' elemento soggettivo come inerente al « factum » dell' « usus », esso non basterebbe a spiegare, perchè l' usufruttuario acquisti in ogni caso l' interdetto per sè e non per il proprietario (4).

(1) Fr. 3 §§ 4, 5 D. 43, 19.

(2) Perciò, l' heres e l' emptor che nell' anno hanno usato *vitiose*, fruiscono dell' usus non vizioso dell' autore, come ne avrebbe fruito l' autore stesso se nelle stesso anno avesse usato *vitiose* (fr. 6 D. 43, 19). Conseguentemente, ha l' interdetto *suo nomine* l' emptor dell' usufrutto anche soltanto pretorio (fr. 3 § 8 D. 43, 19, facente parte del commento all' interdetto relativo all' *emptor* [Paul. fr. 2 § 3 D. 43, 1 ; fr. 6 D. 43, 19 : Lenel *Edict.*[2] p. 460]) : Longo, Bull. i. dir. rom. 14 p. 238 n. 1 ; Schmidt *Interdictenverfahren* p. 20 n. 10 ; Beseler *Beiträge* I p. 107, che a ragione reputa interamente compilatorio il fr. 3 § 10 D. 43, 19.

(3) Fr. 7 D. 43, 19 ; fr. 1 § 6 D. cod. ; fr. 20, 21, 23, 25 D. 8, 6 [Seckel-Kübler *Iur. anteiust.* II, 1 p. 127]. Sull' « uti servitute », cfr. H. Krüger *o. c.* p. 98 segg.

(4) Cfr. Windscheid *Pand.*[8] § 104 n. 9. — La circostanza che Pomponio, od Ulpiano, nel fr. 5 D. 8, 2, per spiegare come l' « invito A. A. » nella formola della negatoria (Lenel *Pal.* II c. 518 nn. 1 e 2) equivale semplicemente a

Fr. 4 § 5 : Si quis mihi itineris [vel actus vel viae] controversiam non faciat, sed reficere sternere non patiatur, Pomponius libro eodem (1) scribit [confessoria actione mihi utendum] <actione de itinere uti posse, *o*, iter vindicari posse ?> : nam et si arborem impendentem habeat vicinus, qua [viam vel] iter invium vel inhabile facit, Marcellus quoque apud Iulianum notat iter petendum [vel viam vindicandam]. sed de refectione [viae] <itineris> et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit : non tamen si silice quis sternere velit [nisi nominatim id convenit] (2).

Non è credibile che Pomponio affermi per il caso in cui altri « reficere sternere non patiatur » l' applicabilità della

---

« non consentire », osserva che « non ad factum, sed ad ius servitutis haec verba referuntur », non dà punto motivo per ritenere che la frase alquanto somigliante « alibi — quaeritur » sia genuina : tanto meno, poi, che lo sia « id est in conf. actione ». Del resto anche quel passo trasportato in altra sede dai compilatori per metterlo in rapporto col diritto delle servitù, in genere, anzichè colla formola dell' a. negatoria, secondo l' originario riferimento, non è forse stato risparmiato dai compilatori ; gia A. Fabro (*Ration.* ad h. l.) osservava e mi pare a ragione, che « servitutis » dopo « ius » turba, anzichè chiarire il senso, e lo stimava un glossema di inesperto interprete (il passo è sfuggito al De Medio, Bull. i. dir. rom. 13 p. 224 ; 14, p. 279). Io preferirei ritenere che sia un' interpolazione, e che anche sopra « in servitutibus » sia un' interpolazione della stessa specie.

(1) *Sc.* l. 41 ad ed. : cfr. i §§ 3 e 4.

(2) Questo brano, come si spesso i brani finali con « nisi » è, a mio avviso, un' aggiunta dei compilatori. Per diritto giustinianeo, costituisce una delle solite inutili riserve di cui essi si compiacciono, anche nella materia dalle servitù (V. fr. 20 § 5 D. 8, 2 « nisi — fuerit » : Eisele, Z. Sav. Stift. 10, p. 303 ; « servitute imposita » in fr. 6 § 2 D. 8, 5, itp. come « serv. imponenda » in questo fr.?). Anche la forma sembrami favorire tale opinione ; se, infatti la proposizione « nisi-convenit » si collega immediatamente a si — velit, sarebbe piuttosto richiesto « convenerit » ; se si ricollega all' intero periodo negativo « non tamen [*sc.* i. competit] velit », sarebbe forse meglio « nisi si — id », poichè l' eccezione dipende da un fatto per sè stante, da una conventio non riguardante direttamente l' interdetto (se la convenzione lo riguardasse sarebbe richiesto veramente il contrapposto : « si non aliud » (cfr. Diocl. Coll. X, 5, 1 a.° 294). L' interd. de i. a. ref. spetta soltanto al vero titolare della servitù, doveva quindi nell' imposizione stessa della servitù (fr. 3 § 14 D. 43, 10 « modus refectionis ») essere compreso anche il diritto di *sternere silice* ; la semplice conventio non poteva avere che effetti obbligatori. Diversamente nella servitù costituita iure praetorio, poichè la *conventio* entra almeno a far parte dell' atto di costituzione ; nel diritto giustinianeo è poi caduta ogni differenza (cfr. H. Krüger *o. c.* p. 69 segg., p. 64 segg.).

confessoria in tal guisa, come se per l'*iter* e per l'*actus* non trovasse applicazione l'interd. de i. a. ref., mentre non è dubbio che valga anche per questi (1). E tuttavia così risulta dal passo, poichè mentre nel principio si nomina soltanto la confessoria, alla fine si aggiunge che per la refectio viae si dà anche l'interd. de i. a. ref. Anzi, questo senso, dell' esclusiva applicabilità della confessoria in quei casi, sembrerebbe confermato dall' esempio ivi dato dell' « arbor impendens », poichè l'interd. de arb. caedendis trova applicazione non già quando l' albero pende sul fondo del vicino, per quanto soggetto a servitù, in grazia di questa, ma quando pende sul fondo proprio o sul fondo altrui che si ha in usufrutto (« ex agro tuo in agrum illius : ex aedibus tuis in aedes illius ») (2). Si aggiunga l' inversione delle ipotesi, dalla

(1) Fr. 3 §§ 12, 13, 15, fr. 4 D. 43, 19.

(2) Fr. 1 pr., §§ 4, 5, 7 D. 43, 27. Cuiacio (VII, 724 opp. Prati) ritiene che, essendo tale interdetto accordato all' usufruttuario, in ragione del suo interesse, deve intendersi anche a favore di chi « servitutem habet ». Ma non mi pare facilmente superabile l' obbietto che la condizione posta dell' editto, che l' arbor penda « ex agro proprio in agrum illius », potesse per estensione giurisprudenziale ritenersi avverata, anche se l' albero penda sopra un fondo proprio, su cui altri ha il « ius itineris » o la « via ». Certo, del comproprietario è detto che può esperire questo interdetto, avendo il « ius vind. servitutium », ma il pensiero si rivolge più alla negatoria, che alla confessoria; chi può agire « ius ei non esse ita arborem habere » (cfr. fr. 2 D. 43, 27; fr. 14 § 1 D. 8, 5) è legittimato anche all' interd. de arb. caed. Devesi pensare diversamente per l' iter, l' actus e la via? Non crederei. Si può ben ammettere che la regola rimonti ad un tempo in cui l' *iter* e la *via* erano realmente porzioni di suolo attribuite al vicino, infatti la negatoria riguardo all' arbor impendens è ricondotta alla legge delle XII tavole (Pomp. fr. 2 cit., Ulp. fr. 1 § 8 D. eod., Paul. sent. V, 6, 13) e si potrebbe, quindi a primo tratto, essere inclini ad ammettere tale estensione. Ma, d' altra parte, ne dissuade il riflesso che la giurisprudenza che commentava l' editto era ormai fissa nel principio che « loci corpus non est dominii ipsius, qui ius eundi habet » (fr. 4 pr. D. 8, 5), che difficilmente, se così fosse, potrebbe mancare ogni traccia di tale estensione, e dopo avere riconosciuto la legittimazione dell' usufruttuario, si sarebbe accennato a pari legittimazione del titolare di una servitù. Pampaloni (*o. c.* p. 147 n. 9) come Cuiacio, trova nella motivazione della legittimazione dell' usufruttuario data nel fr. 1 § 4 cit. (« quia et ipsius interest ») una ragione per estenderla anche al titolare di una servitù, ma se ciò può servire a giustificare l' estensione all' usufruttuario, forse già nel diritto classico, tenuto conto dell' elasticità del vocabolo « dominus », difficilmente, parmi, può valere quando si tratti di chi non può in alcuno modo dirsi « dominus » e per qualunque altro motivo vi avrebbe interesse; certo il nostro fr. 4 § 5 non favorisce l' estensione dell' interdetto al titolare di servitù.

protasi all' apodosi, nel periodo che segue a *viam* (... « *viam* vel *iter* » — « *iter* petendum nel *viam* vindicandam »), e l' omissione, quì dell' ipotesi dell' *actus*, di cui è pure parola nel principio del passo. Non mi pare affatto improbabile che il testo originario menzionasse soltanto, alla stessa guisa del pr. e dei §§ 2, 3 che lo precedono, l'*iter*, come paradigma delle servitù di passaggio, e che i compilatori abbiano ritoccato in più luoghi il passo conforme al loro intento di generalizzare la soluzione per tutti i casi; « confessoria actio » era appunto il termine adatto, secondo essi, a significare un' azione generica per le tre ipotesi diverse da essi poste (iter, actus, via) (1). Alla stessa guisa, nel fr. 2 pr. cit., è detto che essa è l'azione data a colui qui « *servitutes* sibi competere contendit », nel fr. 2 § 1 la generica « haec actio confessoria » ha preso il posto di « haec actio » in relazione alle servitù di passaggio, e nel fr. 4 § 2 la « confessoria actio quae de servitute movetur », sta per la « vindicatio itineris ».

Parmi, a questo punto, di poter concludere che l' esame dei singoli passi in cui troviamo usata la locuzione « confes-

---

(1) Esempi di analoghe generalizzazioni per opera dei compilatori : « vel via » in fr. 1 pr. D. 43, 19 (Mommsen, Dig. ad h. l.; Kübler *Lesebuch d. röm. Rechts* 1912, n° 406); « itineribus [vel via] » nel brano itp. « sive igitur — ita » del fr. 1 § 2 D. 43, 19 (Eisele, Z. Sav. Stift. 18 p. 41 segg.; Arangio-Ruiz, Studi per Brugi p. 256 seg.); « viam [vel iter vel actum] » in fr. 17 D. 45, 3 (Arangio-Ruiz *ibid.* p. 257) : « vel actum » in fr. 13 § 1 D. 46, 4 (Mommsen-Krüger, Dig.) : « via non prohiberi sive itinere » in fr. 3 § 3 D. 43, 19 (Arangio-Ruiz *ibid.* giustamente rileva l'interpolazione e propone di espungere « sive it. »; potrebbe anche essere, invece, che l' aggiunta riguardasse « via » e « sive »); « vel actu vel via » in fr. 1 § 7 D. eod. (Arangio-Ruiz *ibid.*). Generalizzazione analoga per opera dei compilatori dall' « iter » all' « iter vel actus » si ha probabilmente nel fr. 3 § 12 D. eod. (Pernice in Krüger) ; fors' anche in fr. 3 § 14 D. eod. « fieri autem potest ut qui ius eundi habeat [et agendi] » (si noti l'insolito iperbato : non credo si pensasse qui alla *via*, ma alla successiva costituzione delle due servitù di iter e di actus, come in fr. 9 § 2 D. 46, 2 ; fr. 2 D. 8, 6) ; così in fr. 3 § 15 D. eod. « ad pristinam formam iter et actum reducere » non dovrebbe riferirsi alla *via*, che materialmente è chiamata con tal nome, piuttosto che « iter et actus », perciò dovrebbe piuttosto dirsi « iter aut actum », e non parmi inverosimile che « et actum » sia insitizio. Anche quì si vede che il paradigma è l' *iter* (Cfr. Venul. fr. 4 D. eod.). Forse non è intatto nemmeno il fr. 9 D. 8, 5 (« sicuti *in via* diximus » itp.? V. già l' *item* più sopra).

soria a.° » per designare la rivendicazione dell' usufrutto o di una servitù, riconferma l' assunto che l' uso di essa in tal senso, è straniero sì al linguaggio dell' editto, che a quello dei giuristi classici (1).

---

(1) Non posso quindi convenire nell' osservazione di H. Krüger *o. c.* p. 86, essere caratteristico che la designazione « utilis a. confessoria » per la tutela di una servitù pretoria manchi nelle fonti, ed ammettere che ciò costituisca un argomento a favore della sua tesi.

Gino Segrè,

Professore ordinario di diritto romano nella R. Università di Parma.

Das römische Recht an den deutschen Universitäten

Die Festgabe, zu der sich Juristen der Vaterlandes *P. F. Girard's* mit Freunden und Verehrern des grossen Meisters des römischen Rechts in Deutschland und Österreich, in der Schweiz, in Italien, in England, zusammengetan, wird — dafür bürgt die Liste der Mitarbeiter — wissenschaftliche Forschungen auf allen Gebieten bringen, die der Pariser Romanist in den Bereich seiner Lebensarbeit gezogen hat. Es ist ein weites Feld, auf dem Girard gesät hat und auf dem ihm schwere Ernte erwuchs : die Quellen, aus denen er als junger Jurist geschöpft, haben dem gereiften Manne die Kraft zur besten Arbeit nie versagt, seine bedeutendsten Forschungen liegen auf dem Gebiete des klassischen römischen Rechts und dort, wo sich der Klassizismus der Römer am reinsten geoffenbart hat, in der Ergründung ihres Prozesses. Aber dieses treue Festhalten am klassischen Recht hat Girard nicht gehindert, auch dem Neuen sich zuzuwenden, was Ägyptens ewig junger Zauberboden uns erschlossen hat. Die Papyrusforschung hat an ihm nicht nur einen verständigen Kenner, sondern auch einen frischen Mitstreiter gewonnen. Und seit die römische Rechtsgeschichte sich zur antiken auszuweiten begonnen hat, seit nicht in hastig phantastischem Erobererdrange, sondern in stiller entsagender Einzelarbeit immer weitere Gebiete der östlichen Sonnenlande von der Rechtswissenschaft, die im römischen Rechte gross geworden ist, erobert werden, — seither ist Girard stets auch diesen Arbeiten gefolgt, soweit sie auch abführen mochten vom Datum der ädutischen Lex. Wenn

der Gefeierte nachdem die Festtage vorüber, in ruhiger Stunde die ihm überreichte Festschrift durchblättern wird, so mag er selber staunend die Weiten überschauen, auf denen unsere Zeit arbeitet. Es ist wie bei der Kolonisation des Ostens durch die Griechen : hier und dort werden Städte gegründet, noch fehlen da und dort die Zusammenhänge, die verbindenden Strassen müssen erst gebaut werden, und mehr denn einmal weiss der eine nicht, wie nahe der andere steht, der gleiche Ziele verfolgt.

Wenn ich nun heute nicht, wie zuerst geplant, mit einer papyrologischen Miszelle meinem Wunsche Ausdruck gebe, auch unter der Zahl der Gratulanten zu erscheinen, sondern ein ganz anderes Thema zu kurzer Besprechung erwählte, so liegt der Grund darin, dass in den Mélanges, die auf alles hinweisen sollen, was in Girard's Arbeitsfeld gehört, auch der Lehrtätigkeit des Gefeierten nicht vergessen werden darf. Schüler des anderen ist ja in der wissenschaftlichen Welt jeder, der aus den Werken des anderen lernt. Aber nicht in diesem weitesten Sinne meine ich das Wort. Schüler Girard's, die ihre wissenschaftlichen Arbeiten unter seiner Leitung begonnen, die ihre ersten Bücher unter seinen Augen geschrieben, sind mit treuer Dankbarkeit in letzter Zeit wiederholt in die Öffentlichkeit getreten ; wir verdanken ihnen besonders Arbeiten auf dem Gebiete des Prozessrechts und der Name « Schule Girard's » hat einen guten Klang. Aber noch von anderen Schülern Girard's möchte ich zu ihrem Lehrer sprechen : von unseren deutschen Studenten, die aus der trefflichen Übersetzung des Manuel élémentaire de Droit Romain durch R. von Mayr Geschichte und System des römischen Rechtes studieren.

Es mag für den Jubilar nicht ohne Interesse sein, Näheres über den Stand der römischen Rechtslehre an unseren deutschen Universitäten zu erfahren, seit sein Lehrbuch auch da eine weite Verbreitung gefunden hat. Die deutsche Übersetzung hat den bezeichnenden Titel « Geschichte und System des römischen Rechtes » gefunden. Es ist damit auf die veränderte Position der römischen Rechtslehre hingewiesen, mit der sie sich seit dem neuen bürgerlichen Gesetz-

buche begnügen muss. Als Girard die erste Auflage des Manuel erscheinen liess (1895/7), waren die deutschen Universitäten der Hort des Pandektenstudiums. Girard scheidet noch in der neuesten Auflage des Manuel (5. Aufl. 1911) — sie ist im Folgendem stets gemeint — für Deutschland die Institutionenlehrbücher, où le droit romain est exposé sous une forme sommaire et surtout historique, von den traités de Pandectes, où il est étudié sous une forme plus dogmatique et plus détaillée (p. XII). Er rühmt unter anderen Büchern mit Recht Sohm's Institutionen und Dernburg's Pandekten. Aber Sohm's Institutionen (14. Aufl. 1911) haben seit der 7. Auflage den Untertitel Geschichte und System des römischen Privatrechts erhalten. Ihre zweite Auflage hatte noch 444 Seiten, die vierzehnte ist 804 Seiten stark. « Die Zeit des leichtgefügelten, knappgefassten Institutionenlehrbuchs ist vorüber. Der Umfang des Werkes wächst, denn die Aufgabe ist gewachsen » (Sohm, Vorrede zur vierzehnten Auflage S. V, vgl. insbesondere auch das Vorwort zur 7. Auflage mit Darlegung der neuen Aufgaben). Und Dernburg's Pandekten sind in ihrer Neubearbeitung durch Sokolowski (8. Auflage 1911/2) auch mit dem Titel System des römischen Rechts bedacht worden. Sie sind verkürzt in manchen dogmatischen Partien, erweitert durch einen Leitfaden des « römischen Zivilprozesses », der die Stelle einnimmt, in welcher Dernburg vom Rechtsschutz mit mehr dogmatischer Tendenz gehandelt hatte. So ist Dernburg historischer, Sohm anderseits dogmatischer geworden, da er neben der glücklicherweise erhalten gebliebenen Darstellung des römischen Rechts in seiner Entwicklung bis Justinian auch noch eine Skizze der Rechtsentwicklung von Justinian bis zur Gegenwart gibt. Alles in allem : führende deutsche Lehrbücher lassen den in der deutschen Universitätstradition, und m. E. nicht zum Schaden der Lehre und der durch sie gebildeten Praxis, üblichen Unterschied zwischen Institutionen und Pandekten fallen oder verwischen ihn doch. Czyhlarz' Institutionen — freilich in erster Linie für Österreich mit seiner traditionellen Scheidung von Institutionen und Pandekten berechnet — (11. 12. Aufl. 1912) und Wind-

scheid- Kipp's Pandekten (9. Aufl. 1906/7) sind noch Repräsentanten der alten Zeit.

Die Kodifikation des deutschen Privatrechtes im Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896, das Neujahr 1900 in Kraft trat, hat nämlich eine ganz eigentümliche Folge für die Lehre des römischen Rechts gehabt. Es war begreiflich, wenn radikaler Übereifer es ganz verdrängen wollte: was brauchte man noch das fremde, das lateinische Recht, seit das ganze deutsche Volk ein deutsches einheitliches Recht sich erkämpfte hatte? Solche Stimmen wurden laut; sie sind auch jetzt noch nicht verstummt, aber sie sind recht selten geworden, und es ist, als ob, wo man sie jetzt noch zu hören bekommt, sie ihre Vereinzelung durch lauten Lärm verbergen wollten. Alle massgebenden Faktoren haben sich für die Beibehaltung des römischen Rechts als Unterrichtsgegenstand entschieden und bei allen gegenwärtig schwebenden Reformplänen wird mit seiner Konservierung als einer Selbstverständlichkeit gerechnet. Dass alle Freunde antiker Bildung, dass alle humanistischen Kreise für das römische Recht eingetreten sind, ist natürlich. Aber auch, wo solche Vorliebe fehlte oder bewusst als unmodern abgelehnt wurde, gab man doch meist zu, dass zwei Momente die Beseitigung der römischen Rechtslehre als schwere Schädigung der deutschen Kultur erscheinen lassen müssten. Einmal *war* das neue Gesetz zu grossem Teil kodifiziertes Pandektenrecht: mochte man das beklagen oder begrüssen, man musste sich damit abfinden und zugeben, dass nur dem romanistisch Geschulten wissenschaftliche Erkenntnis und praktische Verwertung des neuen Rechtes möglich war. Anderseits aber drang immer mehr die Erkenntnis durch, dass eine nur auf dem bürgerlichen Gesetzbuche basierte Wissenschaft den Zusammenhang mit der Wissenschaft anderer Nationen verlieren musste. Das Beispiel der benachbarten österreichischen Jurisprudenz vor der befreienden Tat ihres Altmeisters Joseph Unger mochte Warnung genug sein. Eine Beeinflussung der ausserdeutschen Jurisprudenz, eine erfolgreiche Mitwirkung an der Vorbereitung eines idealen künftigen Weltrechtes, wenigstens Weltobligatio-

nenrechtes, war abgeschnitten, wenn man die Weltrechtssprache, das römische Recht, fallen liess zu Gunsten eigensinniger und zugleich so kurzsichtiger Überspannung des nationalen Elements.

So ist das römische Recht im Universitätslehrplane geblieben. Dass es nicht mehr die frühere dominierende Stellung behalten konnte, war aber ebenso natürlich. Bei der Einengung seines Besitzstandes geschah nun aber etwas ganz Unerwartetes. So sehr es viele mit mir beklagen würden, so wäre es doch natürlicher gewesen, jenen Teil der Rechtsentwickelung als Universitätslehrgegenstand auszuschalten oder doch zurückzudrängen, der weiter zurücklag, jenen aber zu erhalten, an den sich die moderne Gesetzgebung unmittelbar anschloss. Aber gerade das Entgegengesetzte geschah : kurz gesagt, die Institutionen blieben, auch Rechtsgeschichte einschliesslich des römischen Prozessrechts erhielten sich, die Pandekten aber fielen. Wer die Vorlesungsverzeichnisse unserer Universitäten durchblättert, findet wohl « Geschichte und System des römischen Rechts », oder wie es bisweilen präziser heisst « Römische Rechtsgeschichte und System des römischen Privatrechts » angekündigt, aber die grossen alten Pandektenkollegien sind verschwunden. Sehen wir nun des Näheren zu, was vom römischen Rechte noch bei uns gelehrt wird.

1. *Römische Rechtsgeschichte.* Das Kolleg umfasst die Entwicklung des öffentlichen römischen Rechts einschliesslich des Privatprozessrechts, und die Lehre von den Rechtsquellen bis auf Justinian. Bei den Quellen wird meist ein kurzer Ausblick auf die Schicksale der justinianischen Kodifikation in Orient und Okzident angeschlossen. In den « Institutionen- » Lehrbüchern wird aus dieser Geschichte des öffentlichen Rechts meist ein Ausschnitt gegeben : die Lehre von den Rechtsquellen und jenen Partien des Verfassungsrechtes, ohne die die Rechtsquellenlehre unverständlich wäre. Natürlich ist damit das öffentliche Recht nicht erschöpft. Ein Blick auf das parallele Kolleg der deutschen Rechtsgeschichte zeigt uns, was sich da alles machen lässt. Das römischrechtliche Kolleg lässt sich am besten teilen in

Kapitel mit den Überschriften Verfassungsrecht, Rechtsquellen, Verwaltungsrecht, Strafrecht. Daran schliesst sich dann das Privatprozessrecht, wenn es, wie jetzt üblich als sogenannter « Zivilprozess » mit der Darstellung der « Rechtsgeschichte » vereint wird. Denn das römische Privatprozessrecht setzt einerseits voraus, dass der Hörer bereits vom Privatrecht die nötigen Vorkenntnisse besitze — mit gutem Grund stellt Girard den Prozess an den Schluss seines Manuel, — und da im deutschen Lehrplan das System des römischen Privatrechts zugleich mit der Rechtsgeschichte gelesen wird, so kann jener Unterricht bereits soweit gefördert sein, um das Prozessrecht verstehen zu lehren. Anderseits ist aber mit dieser Stellung des Privatprozessrechts an das Ende der Vorlesung über das öffentliche Recht auch der Theorie Genüge getan, welche die eigentümliche Mischung zwischen öffentlich- und privatrechtlichen Elementen speziell im römischen Privatprozessrechte zur Darstellung bringen muss.

Das Kapitel Verfassungsrechtsgeschichte teilt sich natürlich in die Lehre von der Beamtengewalt, von der Volksgewalt und von der Stellung des Senats. Auf Mommsens Werke gestützt ist die Schilderung der Entwicklung der drei Gewalten nicht zu schwierig. Das Imperium zeigt uns die einheitliche Idee, die der staatsrechtlich denkende Römer dem alten Königtum, der republikanischen Magistratur und dem Prinzipate zu Grunde legte. Wir können dabei auch die historische Entwickelung würdigen und zeigen, dass nicht immer die staatsrechtliche Doktrin mit der Wirklichkeit der Folge der Ereignisse Schritt hält. Der Sturz des Königtums und seine eigenartige Auffassung in der staatsrechtlichen Doktrin der Republikaner gibt genug zu denken und zu sagen. Und nicht anders steht es mit der Begründung des Prinzipats. Dann welch reichliche Fülle zu historischer und juristicher Betrachtung gibt nicht die Aufrichtung der Despotie!

Im despotischen Staat werden wir zuerst die Idee der Trennung der Militär- und Zivilgewalt finden, und es wird dem jungen Manne, der die Trennung dieser und in der

Zivilgewalt der Gesetzgebung, Regierung, Rechtssprechung für Selbstverständlichkeiten zu halten gewohnt ist, zuerst die Bedeutung dieser Trennung klar werden. Es wird vom Prätor und der prätorischen Rechtsbildung, von der eigenartigen Verbindung von Jurisdiktion und Gesetzgebung die Rede sein. Wir werden dem Volksrichter und dann dem richtenden Beamten begegnen. Welche Fülle modernster Fragen spiegelt nicht da die Geschichte wieder!

Dann erst das Volk und seine Versammlungen, seine Gesetzgebung und seine Wahlen, seine Gerichte. Und der konservative Senat. Manches von dem z. B., was A. Menzel im Handbuch der Politik (1912) I S. 35 ff. bei Begriff und Wesen des Staates neuestens ausführt, wird mit Vorteil zu verwerten sein. An dem gewaltigen römischen Staate soll der Jüngling sine ira et studio sich bilden können. Marius und Sulla, Julius Caesar und Augustus, Diokletian und Konstantin, was lehren sie uns nicht alles!

Der die Rechtsquellen behandelnde Abschnitt ist nur ein Teil der « Rechtsgeschichte », wenngleich er diese vielfach in Lehrbüchern und Vorträgen allein repräsentieren mag. Im Anschluss an das Recht der Staatsverfassung wird die Quellengeschichte am besten darzustellen sein. Da wird vor allem die grossartige Kodifikation der Zwölf Tafeln zu würdigen sein, die Frage ihrer Echtheit wird Gelegenheit geben, von der Kritik der römischen Rechtsüberlieferung überhaupt zu sprechen (vgl. Girard p. 22[2]). Und dann die Bedeutung, die dieser typische Ruf nach dem Gesetz gegenüber dem damals verwirklichten Richterkönigtum für die Beantwortung der modernen Forderung nach freiem Recht und Richterkönigen hat! In Zeitungen aller Art liest der junge Jurist von solchen Dingen, er soll eine auf historischer Basis gefestigte Überzeugung sich bilden können: der Unterricht will sie ihm nicht aufdrängen, ihm nur die Probleme aufzeigen und von ihm fordern, dass er nicht ohne Überlegung Dinge nachspreche, die er irgendwo aufgelesen. Das eigentümliche Rechtschaffen des Prätors und das noch merkwürdigere ius respondendi der Juristen gibt Anlass zu lebendiger Darstellung. Auch daraus lernt man viel non

scholae sed vitae. Der Wust der Rechtsnormen, und die — bei allen Mängeln — gewaltige und befreiende Tat Justinians lehren uns die von Zeit zu Zeit notwendige Kodifikation. Das syrischrömische Rechtsbuch und die unerschöpfte Quelle der Papyri gibt Anlass, das Verhältnis von Reichsrecht und Volksrecht zu besprechen und auf die neue Welt hinzuweisen, die sich da der juristischen Forschung erschlossen hat. Und wenn da nur hie und da ein Zuhörer kommt, der näheres Interesse an den Tag legt — für den Lehrer wird es keinen schöneren Gewinn geben, denn ihm als Führer zu dienen. Überall ist Leben in der anscheinend so trockenen Quellengeschichte und wenn an deren Schluss auch auf die nichtjuristischen Quellen verwiesen wird, kann der Hörer ersehen, wie notwendig auch dem Juristen die allgemeine Bildung, das Hineinsehen in Gebiete ist, die anscheinend so weit ab liegen von Institutionen, Digesten und Codex.

In den Mélanges de Droit Romain, die Girard's verstreute Aufsätze und Abhandlungen eben gesammelt und verstärkt mit neuen Beobachtungen zugänglich machen (1. Histoire des Sources, 1912) ist auch aus des Revue internationale de l'enseignement vom 15. Juni 1890 die Eröffnungsvorlesung abgedruckt, mit der Girard einen cours libre de sources du droit romain einleitete. Was da über das Studium der epigraphischen Quellen gesagt ist, gilt, wie natürlich, grossenteils auch für die neuen papyrologischen Quellen. Es ist die Methode, die wir in unseren Seminarien zu handhaben bestrebt sind, und die leicht fasslichen Worte des Lehrers zeigen da, dass Girard dieses Amtes ebensogut waltet wie seiner Forschung.

Der Abschnitt Staatsverwaltung bringt uns die Begriffe der Verwaltungskörper, er zeigt den Kampf der zentralisierenden Reichsgewalt, des kaiserlichen Beamtenstaates, mit der föderalistischen Staatsidee einer Zusammenfassung von autonomen Gemeinwesen. Dann das Finanzwesen. Seine Darstellung muss einen Einblick zu geben versuchen in die wirtschaftlichen Grundlagen des Staates. Recht und Wirtschaft ist nicht bloss für die privatrechtlichen Beziehungen der Einzelnen zu einander ein untrennbares Begriffs-

paar. Wir sehen in der Finanzverwaltung die Einnahmsquellen des antiken Staates fliessen, wir lernen die Ausgaben des Staates kennen. Eng schliesst sich daran der Versuch, die Fürsorge des Staates für Ackerbau Handel und Industrie, oder sein Geschehenlassen zu schildern ; die Stellung, die der kleine und mittlere Grundeigentümer einst gehabt und seine Position seit Bildung der Latifundien, die Entstehung des Kolonats und die Patroziniumsbewegung : all das wird dem jungen Zuhörer mehr Interesse abfordern, als vielfach behauptet wird. Ein weiteres Kapitel wird die Militärverwaltung, die Entwicklung des alten Bürgerheeres zum Söldnerheer und den stehenden Truppen zeigen. Aber auch die Stellung des Staates zu seinen Nationen, und seine Aufgaben auf dem Gebiete der geistigen Interessen werden zu besprechen sein : sein Verhältnis zum Kultus in der heidnischen Zeit und die in christlicher Zeit sich erhebende gewaltige Frage Staat und Kirche ; dann die Stellung zur Volkserziehung und zur Förderung der Wissenschaft.

Auch das recht stiefmütterlich behandelte römische Strafrecht kann in der Rechtsgeschichte zu seinem Rechte kommen. Gerade hier hat uns schon der Gegensatz zu unserer Zeit so viel zu sagen. Mommsens grosses Werk sollte nicht ungenutzt bleiben.

Das Privatprozessrecht steht endlich am Schlusse des Kollegs. Die grossen Prinzipien, die alle Prozessreformen beherrschten und teilweise noch bewegen, Schriftlichkeit oder Mündlichkeit des Verfahrens, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit, freie Beweiswürdigung und manch andere Fragen können da aufgerollt und es kann gezeigt werden, wie jedes Verfahren, soweit es dem Laien vom politischen Leben auch abzuliegen scheint, doch nur aus der gleichzeitigen Zeitgeschichte erklärt und erkannt zu werden vermag.

Die Geschichte des öffentlichen Rechts und der Rechtsquellen hat ihre Stellung im deutschen Universitätslehrplan neben dem bürgerlichen Gesetzbuche gerade so behauptet, wie in der Pandektenzeit. Anders steht es mit dem römischen Privatrecht.

II. Dass die *Institutionen* sich zum « System » gewandelt haben, ist schon beobachtet worden. Mit der Darstellung des römischen Privatrechts hat es nämlich jetzt schwere Not. Natürlich war die alte Ordnung : parallel dem Kolleg über Rechtsgeschichte (öffentliches Recht und Privatprozessrecht) fand auch das Institutionenkolleg seinen natürlichen Endpunkt in der Gesetzgebung Justinians. Die Aufgabe war auch da schwierig genug. Es galt mit der historischen die dogmatische Note zu verbinden. Jene forderte eine knappe Entwicklungsgeschichte des Privatrechts, diese dogmatische Grundlehren. Nicht bloss von Manzipation und Nexum galt es zu handeln, auch von der Bedeutung der Tradition, vom Begriff des Darlehens, nicht bloss von der Geschichte der Stipulation, sondern auch von abstrakten und Kausalgeschäften. Aber die Lösung der Aufgabe war möglich, denn was nach Justinian lag, mochte auf ein andermal verspart bleiben, und im Pandektenkolleg wiederum konnte der Lehrer dort anknüpfen, bis wohin die Institutionen geführt hatten. Ein Bild dieser guten alten Institutionen gibt uns Girard's Manuel. Vielleicht etwas mehr aufs Historische Gewicht legend, als wir es zu tun gewöhnt waren, mit einigen Abweichungen vom in Deutschland üblichen System, auch mehr ins Detail gehend — aber im Wesentlichen das darbietend, was wir an Privatrechtsgeschichte bis Justinian geben können. In den Noten liegt eine Fülle von Arbeit verborgen, Dinge, die dem Lernenden nicht bedeutend scheinen mögen, die aber den Manuel auch für den Forscher zu einem erwünschten Nachschlagebuch machen : also manchmal mehr Handbuch als Lehrbuch.

III. Die *Pandekten* (1). Sie waren « einst der Mittelpunkt der zivilistischen Studien, das wichtigste Bildungsmittel für die Studierenden des Rechtes in Deutschland und für zahlreiche Nichtdeutsche », so sagt Heinrich Dernburg im Vorwort der siebenten Auflage seiner Pandekten, nicht

(1) Dass unter Pandekten an den französischen Juristenfakultäten etwas wesentlich anderes verstanden wird, darüber vgl. die Mélanges de Droit Romain I, 467 ff. abgedruckte Eröffnungsvorlesung zu einem Cours de Pandectes P. F. Girard's.

ohne Wehmut der Zeiten gedenkend, da die alte Überlieferung noch nicht mit jähem Rucke abgebrochen, der Lehrvortrag über die Pandekten noch nicht verstummt war. Fussend auf der Grundlage der Institutionen wurde dieser, mit eigentümlich deutscher Gründlichkeit in die Tiefe gehende Lehrvortrag gehalten. Was die italienische und vor allem die deutsche Wissenschaft und Praxis aus dem römischen Rechte gemacht hatten, wurde eingehend erörtert. Nicht das römische Recht wurde mehr dargestellt, sondern das gemeine Recht, nicht Digesten, wie sie ein römischer Jurist geschrieben oder auch wie sie Justinians Gesetzgebungswerk enthielten, waren es, sondern der Usus modernus pandectarum. Das Recht wurde gelehrt, das die Kodifikatoren unseres Gesetzbuchs unmittelbar verwertet haben, nicht fremdes altes Sklaven-, Manzipations- und Stipulationsrecht: lebendiges deutsches, nur noch lateinisch sprechendes Recht. Was wäre näher gelegen, als diesen Zusammenhang zu wahren — dort wenigstens und insoweit zu wahren, als unser bürgerliches Gesetzbuch unmittelbar an das gemeine Recht anknüpfte?

Aber es kam anders. Gewiss nicht bewusst hat die in den Pandekten gross gewordene Juristengeneration das Studium des gemeinen Rechts beseitigen wollen. Ja, sie hat das überhaupt nicht gewollt. Wohl sollte das bürgerliche Recht in den Mittelpunkt des Studiums gerückt und so an den zentralen Postengestellt werden, den früher die Pandekten eingenommen, aber in der Vorlesung über das bürgerliche Recht sollte auch die Entwickelung eben dieses Rechts, das Recht der Vergangenheit, berücksichtigt werden. Die Aufgabe war zu gross. In der wissenschaftlichen Erörterung der Materien des Gesetzes, in der Kritik ihrer praktischen Brauchbarkeit erschöpft sich meist der Inhalt der bürgerlichrechtlichen Vorlesungen und nicht viel anders steht es mit den Lehrbüchern. Wohl gibt es da und dort kurze historische Einleitungen, aber das positive geltende Recht ist zu stark, immer wieder kehrt man naturgemäss zu ihm zurück. Das soll natürlich kein Tadel der Darstellung des geltenden Rechts sein — nur eine Festlegung der Tatsache, dass es

unmöglich sei, im Rahmen des positiv gerichteten dogmatischen Kollegs, neben der Besprechung der Gesetzesstellen und dem Hinweis auf die Fülle komplizierter Details und auftauchender Streitfragen aus dem Texte des Gesetzes selbst, noch Raum für historische Grundlegung zu finden, die diesen Namen verdiente.

Nun ist in Erkenntnis dieser Unmöglichkeit, die Pandekten mit dem bürgerlichen Rechtskolleg zu verbinden, der andere Weg versucht worden, die Schilderung der Entwicklung nicht bloss bis Justinian, sondern auch von ihm bis zum bürgerlichen Gesetzbuch im Institutionenkolleg zusammenzudrängen. Aber da gibt es Halbheit hüben und drüben. Der Rechtsentwicklung der vorjustinianischen Zeit wird Raum entzogen, dieser Raum kann aber nicht für eine einigermassen ausreichende Darstellung des Usus modernus genügen, auch wenn man die bescheidensten Ansprüche stellt. Das Beste was hier geleistet worden ist, find Sohm's neue Institutionen. Aber welcher Lehrer wollte in einem sechsstündigen einsemestrigen Kolleg auch nur das vorzubringen sich getrauen, was der neue Sohm gibt? Und weiter, wie wenig kann selbst Sohm von dem bringen, was in den Pandekten an juristischem Bildungsmaterial vorhanden ist. In den Pandekten allein kann eine juristische Frage des Privatrechts nach allen Seiten hin erörtert, können die gegenteiligen Argumente bei Streitfragen vorgeführt werden, kann juristisches Denken gelehrt und die Beherrschung des Stoffes erarbeitet werden. Jetzt aber klafft eine bestenfalls überdeckte, aber nie ausgefüllte Lücke in der Erkenntnis unseres Rechts. Im bürgerlichen Rechtskolleg werden leicht Voraussetzungen an die Vorbildung der Jugend gemacht, die zu hoch gespannt sind. In Übungen kann man sehen, wie ängstlich der junge Jurist nach dem Paragraphen sucht und wie unsicher er in seiner Handhabung ist. An Stelle juristischer Bildung drohen juristische Kenntnisse zu treten. Oder um wieder Dernburg's Wort zu gebrauchen, die Jugend wird an die Paragraphen des Gesetzes geschmiedet nach kümmerlicher Vorbildung.

Leipzig allein hat die Pandekten, auf ein entsprechendes Ausmass reduziert, im Lehrplane beibehalten. Die anderen Universitäten werden dem folgen müssen, ehe es zu spät ist. Ein wesentlicher, wenn nicht richtiger, der wesentlichste Bildungsfaktor der deutschen Juristen ist sonst preisgegeben. Vieles von dem, was unsere Reformer ängstlich mit allen Mitteln zu erreichen suchen, liegt in der Pandektenbildung bereits beschlossen. Nur die alte juristische Bildung lehrt uns das positive Recht beherrschen und seinen Wandlungen gewachsen sein.

Von Reformen des deutschen Rechtsunterrichts ist jetzt überall die Rede. Wenn ich in diesen von Verehrung für den grossen französischen Juristen getragenen Zeilen davon einen Teil besprochen habe, wenn Fragen erörtert worden sind, die speziell das Fach anlangen, welches an allen Universitäten die Grundlage der juristischen Bildung seit vielen Jahrhunderten gewesen ist und noch ist, so glaubte ich nicht irre zu gehen, wenn ich Girard's Interesse auch für diese Dinge voraussetzte. Ein einigendes Band schliesst alle Vertreter des römischen Rechts an den Universitäten der verschiedenen Länder und Völker zusammen. Ihnen fällt die Aufgabe zu, an der gemeinsamen Grundlage der Rechte festzuhalten und über alle Trennung der Gegenwart hinweg an dem gegenseitigen Verständnis der nationalen Rechte zu arbeiten. Wenn aber die Rechte sich verstehen und versöhnen, dann ist ein bedeutsamer Schritt getan zum Sichverstehen und zur Versöhnung der Völker.

Leopold Wenger,
Professor an der Universität München.

Ea res agatur [1]

I.

Was Gaius von den *praescriptiones pro reo* berichtet. — Die Praeskriptionen der Pandekten und des Codex Iustinianus. — Die Praescriptio *pro reo* als Vorläuferin der klassischen Exceptio. — Neuere Literatur.

Wer den Versuch unternimmt, dem Ursprung der römischen Einrede nachzuforschen, sollte an der Praescriptio *pro reo* nicht vorübergehen; denn zwischen ihr und der Exceptio laufen unverkennbar Verbindungsfäden.

Der Überlieferung nach hatten die Römer in alter Zeit Streitformeln im Gebrauch mit vorangeschriebenen Worten, die dem Schutze der Beklagten dienten. Von Praeskriptionen dieser Art weist die Gaiushandschrift in Verona, soweit der Text lesbar ist, nur eine einzige auf. Ob Gaius noch andere aufgezählt und erläutert hat, das ist völlig unsicher. Ohne Zweifel aber hat es mehr als eine gegeben; denn in 4, 133 lesen wir : *quaedam* (« einige ») *et pro reo opponebantur*.

Wenn wir weiter erfahren, dass spätestens zur Zeit des Kaisers Pius in den Prozessurkunden die einleitenden Worte zu Verteidigungszwecken durchaus verschwunden waren, und wenn endlich Gaius eine der verschollenen Praeskriptionen beispielsweise anführt und von deren Umwandlung in die Gestalt (*in speciem*) der Exceptio berichtet, so drängt sich unabweislich der Gedanke auf an eine Entwickelung

(1) L'étude de M. le professeur Wlassak, que nous avons la bonne fortune de pouvoir insérer dans les *Mélanges P. F. Girard*, est extraite d'un travail qui doit paraître, sous le titre *Praescriptio und bedingter Prozess*, dans la *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, R. A. 1912.

P. H.

von der einen Form zur anderen : von der Praescriptio zur Exceptio.

Was der Veronenser Palimpsest uns vorenthält, das hat man vielfach aus anderen, meist späteren Quellen zu ergänzen versucht. Puchta, Keller und ihre Nachfolger glauben in Justinians Digesten und im Codex vorangeschriebene Exzeptionen überall da gefunden zu haben, wo in einer Stelle eine « *praescriptio* » auftaucht, die man als Formulareinrede für zulässig hielt.

Neuerdings aber ist diese Methode, die Lücke bei Gaius auszufüllen, von Josef Partsch (1) mit sehr triftigen Gründen angefochten. Im Sprachgebrauch der Kompilation und der Rhetoren heisst *praescriptio* überhaupt jeder Einwand, mit dem der Beklagte, ohne Bestreitung des vom Gegner Behaupteten, den Prozess, wie ihn der Kläger begehrt, oder doch die Verurteilung ausschliessen will. Solche « Praeskriptionen » kommen im öffentlichen Prozess nicht weniger vor als im privaten, und in der ausserordentlichen Cognitio ebenso wie im Formelverfahren, endlich im letzteren auch wieder in Fällen, wo ein Zusatz zur Formel gar nicht in Frage steht. Trotz des gleichen Namens ist der Abstand der zwei Begriffe : der Praescriptio der Digesten von der Gaianischen, so erheblich, dass Partsch mit Fug jeden Zusammenhang leugnen konnte. Mit grosser Wahrscheinlichkeit leitet der genannte Gelehrte den jüngeren Begriff von der attischen παραγραφή ab, die, ins Lateinische übersetzt, in Rom durch die Rhetoren Wurzel zu fassen begann, um bald auch in die Sprache der Juristen Eingang zu finden (2).

Dieselbe Ursprungshypothese vertritt etwas später Siegmund Schlossmann in einer « wider die Schriftformel » gerichteten, 1907 ausgegebenen Abhandlung (3); doch

---

(1) Longi temporis praescriptio (1906) 70—78 ; Zeitschr. Sav.-St. R. A. 28 (1907), 443—445. Vgl. auch Dernburg, Hereditatis petitio (1852) 42—44.

(2) In ähnlicher Weise ist nach der Ansicht von F. von Wöss, Das römische Erbrecht (Berlin 1911) 191—199 der *color insaniae* aus der Rhetorik in das römische Querellrecht übertragen.

(3) Praescriptiones und praescripta verba 29—41. 42—48.

verknüpft er mit ihr sofort eine Folgerung, die ebenso überraschend wie unglaubwürdig ist.

Statt zwei Begriffe verschiedener Herkunft anzuerkennen, von denen je einer einer anderen Zeit angehört, will Schlossmann bloss die Praescriptio der Digesten gelten lassen, während er die von Gaius geschilderte für eine Fälschung dieses Juristen ausgibt. Nur « semasiologisches Vorurteil » habe in 4, 132 die Namenserklärung der *praescriptiones* hervorgerufen :

quod ante formulas praescribuntur, (1)

und das beigefügte Beispiel, das diese Aufstellung veranschaulichen soll, sei lediglich ein Phantasiestück.

Gaius hätte also die Formelworte « *ea res agatur*, *si in ea re praeiudicium hereditati non fiat* » nicht der Überlieferung entnommen; aus der Zahl der vorhandenen Exzeptionen hätte er willkürlich eine herausgegriffen, um sie durch Voranstellung des « *ea res agatur* » flugs zur Praescriptio umzuschaffen !

Wie seltsam aber trifft es sich, dass Schlossmann dem alten Juristen ein « Vorurteil » zur Last legt, während ihn selbst beim Angriff auf Gaius das eifrige Bestreben leitet, der Prozessformel die Schriftlichkeit abzuerkennen! Hat doch die hergebrachte Lehre, dass die *concepta verba* geschrieben wurden, ihre beste Stütze gerade in den Bemerkungen über die Praescriptio, die wir bei Gaius 4, 132 und 131 a lesen (2). Um dieses Zeugnis zu vernichten, blieb nichts anderes übrig als die Verdächtigung des Verfassers, der als leichtsinniger Geschichtsfälscher erscheinen musste.

Nähere Ausführungen zur Ehrenrettung des sabinia-

---

(1) Bestätigt wird diese Deutung, worauf Partsch, Zeitschr. Sav.-St. R. A. 28, 441 hinweist, durch die Glosse in den Herm. Montep. : προγραφή *praescriptio* (Corp. gloss. 3, 337 Z. 5).

(2) So auch Wenger (1907), der bei Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie VI, 2864 f. für die Schriftlichkeit der Formel eintritt. Übrigens ist die Frage, welche Bedeutung hier der Schrift beizulegen sei, m. W. nirgends genügend erörtet.

nischen Schulbuchs wird man hier gewiss nicht verlangen. Denn Schlossmanns Behauptungen sind schon von Partsch (1) und von R. de Ruggiero (2) in gründlichen Rezensionen eingehend geprüft und wohl endgültig als widerlegt zu betrachten.

Soll streng geschieden werden zwischen der alten und der neueren Praescriptio *pro reo*, so sehen wir uns für die Untersuchung der ersteren sofort auf eine einzige Quelle beschränkt, die schon bisher benutzt ist; anderseits beseitigt aber jene Scheidung auch den verwirrenden Einfluss aller Nachrichten, — bei Rhetoren und Juristen — die sich bloss auf die romanisierte παραγραφή beziehen.

Als gesicherte Tatsachen, die für das Folgende in Betracht kommen, sind hiernach nur drei anzuführen. Bezeugt ist vor allem — fast vollständig — der Wortlaut einer vorangeschriebenen Einrede zur Abwehr von Praejudizien; bezeugt ist ferner der einstmalige Gebrauch einiger anderen, nicht bestimmbaren Praeskriptionen; bezeugt ist endlich die Umwandlung aller — noch in vorgaianischer Zeit — in die gut bekannte Form der klassischen Einrede.

Demnach wäre es quellenwidrig, für sämtliche Exzeptionen die Vorstufe der Praescriptio anzunehmen. Eine grössere oder geringere Zahl von Einreden haben wohl von Haus aus in der Formel den Platz eingenommen, der später schlechthin allen zukommt. Sind aber die vorangeschriebenen Einreden auch nicht überall die Vorläuferinnen der in die Formel hineingeschriebenen, so ist dadurch ihre entwicklungsgeschichtliche Bedeutung keineswegs aufgehoben.

Wenn es gestattet ist, eine unerweisbare Vermutung hier einzufügen, so würde ich sagen : Ausgespielt ist die Rolle der Praescriptio *pro reo* vielleicht schon in dem Zeitpunkt, als sich zum ersten Male eine Umwandlung in die Form der klassischen Exceptio ereignete. Alle später geschaffenen

(1) Zeitschr. Sav.-St. R. A. 28, 440 f.

(2) Bullettino dell' ist. di dir. rom. XIX (1907), 259 f. 263. 264. Gegen Schlossmann auch H. Buss, Form der Litiscontestatio (Münster 1907) 65 f.

Einreden dürften sofort in der neueren Gestalt ins Leben getreten sein, während bei den älteren wohl eine Umbildung mit Platzwechsel stattgefunden hat.

Nun aber zur Hauptfrage, die befreit von allem Nebensächlichen hier allein den Gegenstand der Erörterung bilden soll! Die Praescriptio *pro reo* kann sicherlich nur dann grössere Bedeutung für die Geschichte des klassischen Prozesses in Anspruch nehmen, wenn die Versetzung vom Eingang der Formel in das Innere nicht den Kern der Reform ausmacht, von der Gaius spricht, sondern lediglich Begleiterscheinung war. Ist aber diese letztere Auffassung zu rechtfertigen? War wirklich die Verteidigungsklausel, solang sie der Formel voraufging, im Wesen und in der Wirkung etwas anderes als das jüngere Gebilde der Exceptio?

Um zu erfahren, wie die heutige Wissenschaft in dieser Sache urteilt, ziehen wir, wie billig, zuerst den unentbehrlichen Manuel de droit romain[5] (1911) zu Rate, dessen berühmtem Verfasser auch der vorliegende Aufsatz gewidmet ist, als bescheidener Beitrag zu einer Festgabe, die *P. F. Girard*, den Forscher wie den Lehrer preisen und ihm danken soll für seine grosse und reiche Arbeit.

Über die Praeskriptionen enthält das französische Elementarbuch (p. 1029) nur ein paar knappe Sätze. Auf eine Streitfrage, die derzeit noch in Schwebe wäre, weist der Verfasser nicht hin. Seiner Meinung nach hatte die Praescriptio *pro reo* genau dasselbe zu leisten wie in späterer Zeit die Exceptio. Demnach hat sich der Manuel die Ansicht zu eigen gemacht, die nach Keller noch bestimmter von Bethmann-Hollweg und O. Bülow vertreten wurde, und die seither in nennenswerter Weise nicht weiter angefochten ist.

Was Girard selbst bloss andeutet, das hat vor kurzem (1908) einer der vielen tüchtigen Schüler, deren sich der Pariser Meister rühmen kann, des näheren dargelegt in einer Abhandlung, die besonders ausgezeichnet ist durch umfassende Literaturkenntnis. Seinem Lehrer folgend begründet Hippolyte Pissard in seinen Questions préjudi-

cielles en droit romain (p. 111—123) nochmals die jetzt fast allgemein bevorzugte Auffassung der Praescriptio des Beklagten; doch berichtet er gewissenhaft auch über abweichende Meinungen, die ihm bei der Durchsicht von älteren Werken aufgestossen waren.

Für den hier verfolgten Zweck wird es genügen, aus der Reihe der in Betracht kommenden Autoren nur die wichtigsten hervorzuheben (1). Als ältester ist S. W. Zimmern (2) (1829) zu nennen, der den Unterschied der vorangeschriebenen und der neueren Einrede darin erblickt, dass die letztere, auch als *dilatoria*, durchaus zur Abweisung des Klägers « für immer » führt, während die erstere nur « einen Aufschub des Judiziums bewirkt ». Aus der Stellung der Praescriptio am Eingang der Formel ergebe sich der ihr zukommende Vorrang in der Verhandlung vor dem Judex. Erwies sich der Vorbehalt, den sie ausdrückt, als begründet, so galt das Judizium als « nicht einmal veranstaltet ».

Etwas verändert und zweifellos auch verbessert finden wir Zimmerns Lehre in den Institutionen (3) von Puchta. Deutlich ist hier der « gegründeten » Praescriptio die Folge zugeschrieben, « die Deduktion der Sache ins Judizium » auszuschliessen. Der Richter habe solchenfalls auch « keine Sentenz gesprochen ». Gerechtfertigt aber wird diese Annahme bei der alten Praejudizialeinrede in folgender Weise. Als Praescriptio sei sie « eine Anweisung an den Richter gewesen, die Formel nicht eher als gegeben (4) zu betrachten, als bis das darin angezeigte Hindernis gehoben ist (5), dessen jetzige Existenz (6) der Praetor durch die Verleihung

(1) Eine vollständigere Liste gibt H. Pissard a. a. O. p. 112 f., 2. p. 120, 3.

(2) Röm. Zivilprozess 297. 302 f.

(3) Bd. I § 171 (10. Aufl. S. 520—523).

(4) Sehr ähnlich noch 1907 Lenel (Edictum² S. 146), der den Formelworten « *ea res agatur, si...* » die Bedeutung einer « bedingten Erteilung der *actio* » zuschreibt. Mit dieser Äusserung fällt Lenel — wohl unbewusst — in Kellersche Anschauungen zurück, die er sonst seit 1894 entschieden bekämpft.

(5) Dazu noch Puchta a. a. O. I § 173 (S. 530 — 10. A.) : im Falle der Begründung der Praescriptio sei « die Litiscontestatio als nicht geschehen zu betrachten ».

(6) Richtig sollte es heissen : « dessen Erheblichkeit... ». Grundlos beschränkt Puchta die Untersuchung des Richters auf die Frage des späteren

der Praescriptio anerkannt hat ». Über den Vorrang, der dem praeskribierten Prozessstoff *apud iudicem* gebührt, denkt Puchta ebenso wie sein Vorgänger (1); darin aber widerspricht er ihm, dass er die Praejudizialeinrede seit der Umgestaltung, von der Gaius erzählt, wie jede andere Exceptio behandelt, während sie nach Zimmern auch jetzt nicht den Beruf hatte, die Kondemnation jemals auszuschliessen.

Der erste, der im Gegensatz zu Puchta den Eintritt der « Konsumption » behauptet, auch wo der Formel eine Einrede vorangeschrieben ist, war meines Wissens J. W. Planck (2) (1844). Besonderen Schimmer erhielt dann dieser Lehrsatz, als ihn F. L. Keller, wenn auch zweifelnd, in sein viel gepriesenes Büchlein (1852) übernahm und ihn mit folgenden Worten begründete. « Konsumption », sagt er (3), habe stattgefunden, « da doch immerhin die Konzeption und Erlassung der Formula für die ganze Actio, also der Akt geschehen war, der die Vollziehung der Legisactio (den ursprünglichen Konsumptionsgrund) vertrat. »

Durchschlagenden Erfolg hat übrigens diese Erwägung erst in etwas späterer Zeit errungen; denn die Nächsten, die sich über unsere Frage äussern : H. Dernburg (4) und E. I. Bekker (5) verwerfen wieder die « Konsumption », indem sie (6) auf die nahe Verwandtschaft der *pro actore* und der *pro reo* beigefügten Praeskriptionen hinweisen. Dagegen die jüngeren Schriften : von L. Pfeiffer, P. Krüger,

---

Wegfalls der im Augenblick der Prozessbegründung vorhandenen Praejudizialgefahr.

(1) Übereinstimmend auch Cuq, Institutions[1] II (1902), 743.

(2) Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten 8. 210.

(3) Röm. Zivilprozess § 43 (S. 216 — 6. Aufl.).

(4) Hereditatis petitio 36 f. 44. 49. Diese Schrift ist etwas älter als das Kellersche Lehrbuch. Doch war dem Verfasser — wohl aus Berliner Vorlesungen — die Ansicht seines Lehrers genau bekannt. Der auf S. 47 angeführte « ausgezeichnete Kenner des röm. Prozesses » ist kein anderer als F. L. Keller.

(5) Proz. Konsumption (1853) 89—91.

(6) Bekker in den Aktionen 1 (1871), 270, 34. In seinem Jugendwerk legt er mehr Gewicht auf die unleidlichen praktischen Folgen der Gegenansicht.

Bethmann-Hollweg, O. Bülow und anderen (1) stehen alle unter dem beherrschenden Einfluss des führenden Lehrbuchs. Eine Ausnahme macht nur Bekker (2), der noch in seinen Aktionen (1, 271, 34) « die Möglichkeit mittels einer Praescriptio *pro reo* die Konsumption hinauszuschieben, als eine quellenmässig feststehende Tatsache anerkennt. Nur das bleibe unsicher, « bei wie vielen Praeskriptionen diese Möglichkeit zur Wirklichkeit geworden sei ».

II

Konsumption und Ausschlusswirkung. — Die Worte « *ea res agatur* » nicht amtliche Anordnung. — Der praeskribierende und demonstrierende Kläger. — Das Wesen der neueren Prozessformel.

Der hier vorgeführten Literatur gegenüber ist jetzt die eigene Ansicht zu entwickeln. Wie weit ich in Grundfragen des römischen Prozessrechts von Puchta, Keller und ihren Anhängern abweiche, daran ist nur kurz zu erinnern. Anschauungen, die ich für verfehlt erachte, kommen auch in dem oben (S. 620-622) über die älteren Schriftsteller erstatteten Berichte deutlich zum Ausdruck. Doch scheint es mir passender zu sein, von einer abermaligen Kritik an diesem Orte abzusehen. Daher gehe ich im folgenden ohne weiteres

---

(1) So sagt Naber, Mnemosyne N. F. 17 (1889), 119 von der Praescriptio p. r. und von der Exceptio : *utriusque vis ac potestas prorsus eadem est.*

(2) Nennen könnte ich hier noch J. Partsch, der wiederholt (Schriftformel im Provinzialproz. 48 ; Zeitschr. Sav.-St. R. A. 28, 442 : dazu Longi temp. praescr. 72) die praeskribierte Praejudizialeinrede genau so beurteilt hat wie Dernburg, Her. pet. S. 34. Allein dies geschah doch immer nur im Vorübergehen. Wer näher zusieht, wird sich m. E. nicht leicht entschliessen, Dernburgs Auffassung gutzuheissen. Schon der Wortlaut der Praescriptio bei Gai. 4, 133 verwehrt dem Kläger nicht schlechthin die Berufung auf den Rechtsgrund des Erbgangs, sondern nur dann, wenn durch den jetzigen Prozess der Frage des Erbrechts, wofür ein anderer Prozess bestimmt ist, vorgegriffen würde. Zudem zeigt Gai. D. 10, 2, 1, 1, dass die Einrede, wie sie gehandhabt wurde, selbst vorgreifende Entscheidungen der Erbrechtsfrage nicht durchaus hindern konnte. In dem zweiten Fall des zit. Fr. beruft sich der Kläger offenbar — wie er muss — auf sein Erbrecht, und dessenungeachtet *non nocet talis exceptio.* Gegen Dernburg hat sich schon Bekker, Aktionen 1, 378 f. erklärt und jetzt auch Pissard a. a. O. 119 f.

von den Ansichten aus, die in meinen jüngsten prozessrechtlichen Arbeiten vertreten sind.

Nur éine Bemerkung allgemeineren Inhalts darf ich hier wohl einschalten : über einen Begriff, den die heutige Wissenschaft m. E. ungebührlich ausdehnt (1). Durchaus üblich ist es bekanntlich, von prozessualischer Konsumption so zu sprechen, als ob es einerlei wäre, welcher Art die gebrauchte Formel war, ob Actio *in personam* oder A. *in rem*. Allein diese Ausdrucksweise ist sicher ebenso unrömisch wie irreführend (2). « Konsumiert », d. h. vernichtet wird im Prozess nur das persönliche Recht (3); das dingliche Recht bleibt dem Kläger gewahrt. Einen dinglichen « Anspruch » aber, nach Art des modernrechtlichen, kennen die Klassiker nicht. Somit ist im Prozess mit A. *in rem* nichts vorhanden, was « konsumiert » werden könnte. Dagegen gilt allerdings der Satz : *bis agi non posse* ganz allgemein und schon in der Zeit der vorherrschenden Legisactio. Daher schliesst auch ein erster dinglicher Prozess den zweiten *de eadem re* seit alters aus. Gaius aber in dem Text, der hier zu behandeln ist, hat gerade eine Actio *in rem* mit beigefügter Praejudizialeinrede im Auge. Mithin darf die Frage, die zu beantworten ist, nur so lauten : ob der Prozess trotz der praeskribierten Einrede die regelmässige Ausschlusswirkung hatte? keineswegs ohne Unterscheidung so : ob « Konsumption » eintrat, wenn die Einrede vorangeschrieben war?

Alle (4) bei Gaius vorkommenden Praeskriptionen be-

---

(1) So neuestens (1912) wieder K. Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechts I § 110 S. 297 (dazu Zeitschr. f. deutschen Z. P. 39, 372 f.) mit Folgerungen, die der klaren Überlieferung entgegentreten. Den Römern ist die Absonderung des « Rechtes zur Klage » (des früher von Hellwig sog. « Klagrechts ») vom « eingeklagten Rechte » unbekannt. (Auch die *potestas agendi* fällt nicht zusammen mit dem modernen, publizistischen « Klagrecht ».) Weshalb sollen denn die heutigen Juristen gar nichts voraushaben vor den römischen Klassikern ?

(2) Darüber Wlassak, Ursprung der röm. Einrede (Wien 1910) S. 9, 14 und S. 37, 80.

(3) S. Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie I, 307 Z. 35—64.

(4) « Alle », denn die Praescriptio (bei Gai. 4, 136) *inserta formulae loco demonstrationis* (d. h. « als », « als Stück der Dem. », nicht : « anstatt » —

ginnen mit den Worten « *ea res agatur* », mögen sie vom Kläger ausgehen oder vom Beklagten. Über die einschränkende Kraft der *pro actore* zugelassenen war niemals ein Zweifel möglich ; denn Gaius 4, 130—131ª sagt es zweimal aufs klarste, was ihr Beruf war. Einer Actio *in personam* beigefügt sollen sie die Konsumption, die der « *obligatio* » (1)

ähnlich schon Puchta) verdient offenbar diesen Namen nicht (s. Gai. 4, 132!) und erhält ihn von Gaius nur deswegen, weil die Worte *cuius rei dies fuit*, zwischen Demonstratio und Intentio gestellt, ebenso zu deuten waren wie die ausführliche Klausel *ea r. a. c. r. d. f.* Dem Anschein nach war diese letztere als Vorhängsel der Actio ex stipulatu schon ausser Gebrauch, als Gaius schrieb, u. z. verdrängt durch die *formula proposita* in 4, 136. — Um das nicht zusammenstimmende Nebeneinander von 4, 131 und 4, 136 zu erklären, unterscheidet Kniep. Praescriptio und Pactum (1891) 13 ff. in der Darstellung der Praescriptio den « alten Grundstock » und das von Gaius neu Hinzugefügte (von 4, 133 ab). Diese Annahme trifft vielleicht das Richtige (s. auch Wlassak, Prozessgesetze I, 134. II, 225, 10. 235; Cognitur 39; Zeitschr. Sav.-St. R. A. 31, 236. 267, 1 über die alte, von Gaius bearbeitete Vorlage); doch ist es in Anbetracht der 24 unlesbaren Zeilen vor 4, 134 etwas unvorsichtig, alle Zweifel zu unterdrücken. Kniep scheint bei Gaius 4, 130—137 eine verständige Gliederung zu vermissen. Indessen wäre es m. E. nicht zu tadeln, wenn der Jurist aus dem in 4, 134—137 behandelten Stoffe eine dritte Gruppe von Praeskriptionen (*pro actore*) gebildet hätte. Es handelt sich hier durchaus um Grenzfälle und Mischbildungen, die dem analysierenden Gelehrten als solche erscheinen mussten, sobald er anfing, die Begriffe *demonstratio* und *praescriptio* mehr nach dem Inhalt als nach der Form zu bestimmen.

(1) So in 4, 131 : ... *totam obligationem, id es futuram*... 3, 131ª : .. *totius illius iuris obligatio*.. und bei Gai. 3, 180. 181. Doch findet sich derselbe Ausdruck auch bei Javolen, Pomponius, Julian, Ulpian. Daher ist es, wie Seckel, Haftung de peculio 37, 4 bemerkt, wirklich nur « modern gesprochen » zulässig, eine Vernichtung bloss des « Klagerechts » oder der « Klagbarkeit » anzunehmen. Für die Klassiker (nicht bloss für Gaius) war die « *obligatio* » der Gegenstand der Konsumption (was Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit 72 verkennt — die S. 31, 5 von H. angeführte Stelle hält Gradenwitz für interpoliert); und diese Auffassung ist keineswegs preisgegeben seit der Anerkennung der zurückbleibenden Naturalverpflichtung. Wie hier Pauly-Wissowa R. E. I, 307. — Bei Hellwig hängt die Umdeutung des Gegenstands der Konsumption eng zusammen mit dem (m. E. aussichtslosen) Versuche, dem Prozessverhältnis und der Actio der Römer publizistischen Charakter aufzuprägen (ablehnend Pauly-Wissowa R. E. I, 308 Z. 32—39). Betreffs der Actio soll nach Hellwig (Anspruch und Klagrecht 147, 9; Lehrbuch 1, 149, 24 ; System I, 296) sogar die bekannte Definition von Celsus (24 L.) D. 44, 7, 51 beweisend sein. Doch muten unsere Gelehrten dem alten Juristen einen sehr verwaschenen Ausspruch zu (*debere* ungefähr = « gebühren »), wenn sie in den Worten « *quod sibi debeatur* » etwas anderes suchen als das « Geschuldete » und demnach *actio* nicht im engeren Sinn = *a.*

in dem durch die Intentio angezeigten Umfang droht, insoweit verhindern, als es der Kläger, auf gute Gründe gestützt, verlangt.

Kann uns aber diese Erkenntnis viel nützen, wenn die Wirkung zu ermitteln ist, die der Praescriptio *pro reo* zukam? Nicht mit Unrecht hat Pissard (1) neuestens die Folgerung bekämpft von der einen Art auf die andere, wie sie bei Dernburg und Bekker begegnet, und es auch weiter abgelehnt, den Beweis gelten zu lassen, den man auf Hugo Krügers (2) Behauptung gründen möchte, dass die *praescriptio* des Formelverfahrens immer die Bedeutung « Begrenzung » oder « Einschränkung » habe. Die Gleichheit des Namens kann zweifelsohne daraus genügend erklärt werden, dass beide Klauseln ihren Platz im Eingang der Formel hatten ; und wenn wir Gai. 4, 132 nicht grundlos verwerfen wollen, dürfen wir diese Erklärung gar nicht abweisen.

Bis hierher also glaube ich mit Pissard einig zu sein ; dagegen trennen sich unsere Wege, sobald es sich darum handelt, die Worte « *ea res agatur* » auszulegen und zu bewerten. Wer in der Formel durchaus nichts anderes erblickt als einen Befehl des Praetors an den Richter, wird diese Wesensbestimmung unbedenklich auf jene Bevorwortung ausdehnen. In der Literatur von Puchta bis auf Lenel (3) und die Jüngsten finden sich auch, soweit meine

in personam verstehen wollen, sondern im weiteren (s. Pauly-Wissowa R. E. I, 306 f., auch Mitteis, R. Privatrecht 1, 89). Man denke nur an die Eigentumsklagen, die in erster Linie feststellend sind und des Einlassungszwanges entbehren, um einzusehen, wie mangelhaft der allgemeine Aktionenbegriff von Celsus bestimmt wäre! Ferner aber ist es gewiss unstatthaft, das Celsinische « Recht zu klagen » gegen den Jurisdiktionsbeamten (und ausschliesslich gegen ihn) gerichtet zu denken. « Agiert » wird im Formelprozess nur mit dem Gegner; die Handlung des Ansprechers dem Praetor gegenüber heisst *postulatio* (niemals *actio*). Wie sich Hellwig die römische *litis contestatio* zurechtlegt, darüber ist weiter unten S. 641 f. A. 1 a. E. zu vergleichen.

(1) A. a. O. 114 f.

(2) Zeitschr. Sav.-St. R. A. 26, 543—45. — Pissard p. 114, 2 nennt als Gegner nur Partsch, Longi t. praescr. 72 f. ; doch beruft sich dieser 72, 5 auf H. Krüger, ohne übrigens dessen Ansicht entschieden zu billigen.

(3) S. oben S. 619-622 u. S. 620 A. 4.

Kenntnis reicht, nur Äusserungen, die diese Vermutung bestätigen. Manche freilich verschweigen ihre Meinung, keiner aber widerspricht. Hier nur ein paar Proben.

F. L. Keller nennt in dem ersten Paragraphen (41) seines Lehrbuchs (1), der von den Praeskriptionen handelt, die Formel samt ihren ausserordentlichen Bestandteilen eine « Rede des Praetors zum Judex ». Nach Dernburg (2) sollen die Worte « *ea res agatur si...* » die Verhandlung des klägerischen Anspruchs (offenbar : vor dem Richter) ausschliessen ; nach Bekker (3) sind sie eine ausdrückliche Anweisung an den Richter, die aus einem Rechte fliessenden Ansprüche nur dann zu prüfen, wenn eine gewisse Bedingung erfüllt sei. In voller Übereinstimmung mit diesen Gelehrten beurteilt Bethmann-Hollweg (4) die Praeskriptio *pro reo* ; und auch Kniep (5) dürfte in der Hauptsache von den eben Genannten nicht abweichen, wenn er die Klausel « *ea res agatur* » als Anfangsstück des Dekretes auffasst, womit der Praetor das auf Bewilligung einer — nicht proponierten — Praescriptio gerichtete Vorverfahren abschliesst. Endlich Pissard selbst ist keineswegs frei von dem Einfluss der Kellerschen Formellehre. Wie könnte er (6) sonst von der *délivrance de la formule* in einer Weise reden, als ob durch diesen amtlichen Akt der Prozess begründet und der Richter bestellt wäre ? Und demgemäss musste er auch in den Praeskriptionen — *pro reo* wie *pro actore* — lediglich Vorschriften erkennen, die vom Praetor ausgehend an den Judex sich wenden und diesem die Aufgabe näher bestimmen (7).

Über die Deutung der Worte « *ea res agatur* » gibt es hiernach, wie es scheint, gar keine Meinungsverschiedenheit. Als redende Person wird überall der Beamte gedacht,

(1) Röm. Zivilprozess[6] 202.
(2) Her. petitio 44. 49.
(3) Proz. Konsumption 89 ; dazu Aktionen 1, 270, 34.
(4) Röm. Zivilprozess 2, 403.
(5) Praescriptio und Pactum (1891) 13.
(6) A. a. O. p. 113, 1, p. 115. Vgl. Zeitschr. Sav.-St. R. A. 26, 394, 3.
(7) « *Ces mots* » bei Pissard a. a. O. 115, 2 können nur die Worte « *ea res agatur* » sein.

während der Richter der Angesprochene ist. Unter dem *agere* hätten wir die Verhandlung *apud iudicem* zu verstehen, und bei der Praescriptio *pro actore* wäre die Beschränkung der Konsumption auf den im Gefolge jener Phrase genannten Gegenstand (z. B. auf den Teil der Obligation, *cuius rei dies fuit*) dadurch bewirkt, dass der Judex angewiesen ist, eine Erörterung des durch die Hauptstücke der Formel bezeichneten Verhältnisses doch nur in den Grenzen zu gestatten, welche die Praescriptio vorschreibt.

Der geringste Vorwurf, der sich gegen diese Auffassung erhebt, betrifft die eigentümliche Ausdrucksweise, die wir den Formelverfassern zumuten müssten. Statt die gewollte Eingrenzung der Konsumption unmittelbar auszusprechen, hätte man zunächst dem Richter den Verhandlungsstoff eingeengt (1), um so auch anzudeuten, dass alles, was jetzt nicht verhandelt werden soll, verständigerweise von einem zweiten Prozesse nicht ausgeschlossen sei.

Um vieles wichtiger ist ein zweiter Einwand. Die Konsumption, die im Fall des Schuldprozesses eintritt, ist bekanntlich eine Folge der Streitbefestigung; diese wiederum ist ein Vorgang, der sich in Jure zwischen den einig gewordenen Parteien abspielt. Voraufgehen muss notwendig ein praetorisches Dekret, das *iudicium dare*, welches die beantragte Formel als Mittel der Prozessbegründung zulässt. Hingegen das *litem contestari* selbst erscheint als ein Geschäft, dessen Tatbestand sich lediglich (2) durch die Handlung der Parteien vollendet.

Bewiesen wird diese Annahme durch den stetigen, niemals schwankenden Sprachgebrauch der Quellen. Wie die Kontestatio immer nur den Parteien zugeschrieben

---

(1) Wie wenig es dieser Vermittlung bedurfte, um die Konsumption einzuschränken, das zeigt die Formel mit der unechten *praescriptio* bei Gai 4, 136. Denn die Klausel *cuius rei dies fuit* schliesst dort, an dem ihr eingeräumten Platze die Konsumption gewiss auch ohne « *ea r. ag.* » in engere Grenzen ein. S. dazu oben S. 623 f. A. 4.

(2) Das formelle Mitagieren des Beamten durch Hinzusprechen eines der *tria verba*, wie es das Legisaktionenverfahren kennt, ist im Formelprozess ersatzlos weggefallen. Vgl. Zeitschr. Sav.-St. R. A. 25, 86, 3. S. 172 f.; ferner S. 83. 173.

wird, so sind auch die anderen Ausdrücke, die sonst noch zur Bezeichnung der Streitbegründung vorkommen : wie *agere*, *petere*, *in iudicium deducere* (1), *iudicium accipere* insgesamt solche, die ausschliesslich Handlungen des Klägers und des Verklagten anzeigen. Und anderseits hält die aufgestellte Behauptung auch insofern durchaus die Probe, als der Beamte in der alten Überlieferung nie und nirgends als Urheber von Rechtswirkungen auftritt, die mit der Kontestatio verbunden sind (2).

Von den Zeugnissen, welche insbesondere die Konsumption betreffen, darf ich wohl einige, die überaus deutlich sind, hier einschalten.

Urseius lib. 1 bei Julian 886 D. 46, 3, 36 :

Si pater meus praegnate uxore relicta decesserit et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petissem, nihil me consumpsisse quidam existimant, (Mo. ins. : *si postumus natus sit*). *si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset, me solum heredem fuisse.*

Julian l. 54 dig. (714) D. 44, 7, 18 :

Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur : si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem, et contra si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in iudicium deducta altera nihilo minus integra remaneret.

Julian (703) bei Ulpian l. 46 ad Sab. D. 46, 1, 5 :

..... si ex altera earum (obligationum) egerit, utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum,

(1) Vgl. Wlassak, Litiskontestation 21—23. und über *iudicium* = « Streitbefestigung » und = « Prozessverhältnis » Wlassak, R. Prozessgesetze 2, 35. 37 ff. 357 f.; Ursprung der Einrede 21, 26.

(2) Wenn ich hier im Texte sehr bekannte Dinge wieder vorbringe (s. Zeitschr. Sav.-St. R. A. 25, 137 f.; Wlassak, Ursprung der Einrede 28—30), so wäre ich doch leicht imstande, die Anklage des unnötigen *actum agere* wirksam abzuweisen. — Mit dem oben Gesagten ist auch gezeigt, wie quellenwidrig es ist, aus den Vorgängen, welche die Prozessbegründung vorbereiten und ausmachen, das praetorische Dekret als das rechtlich Entscheidende und Abschliessende herauszuheben.

quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur.

Ulpian l. 27 ad edictum 796 D. 13, 5, 18, 3 :

Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit sortis obligationem consumat..... (1).

Paulus l. 18 ad edictum 282 D. 12, 2, 30, 3 :

..... si quis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit.

Justinian l. 4, 13, 10 über das klassische Recht der dilatorischen Einreden (nach Gaius ?) (2) berichtend :

..... si intra tempus egerint obiectaque sit exceptio, neque eo iudicio quidquam consequerentur propter exceptionem nec post tempus olim agere poterant, cum temere rem in iudicium deducebant et consumebant.....

Die Quellen also leiten die Konsumption immer aus prozessualischen Handlungen der Parteien ab und nur aus ihnen, obwohl dem Agieren eine ermächtigende Erklärung des Beamten (3) voraufgehen muss, ähnlich dem Vollwort des Tutors.

Wie aber verträgt sich diese feststehende Tatsache mit der üblichen Auffassung der Praescriptio *pro actore?* Wenn das klägerische *agere cum reo* aufzehrend wirkt, so ist es doch notwendig der Wille der Parteien, der den Gegenstand und den Umfang der Konsumption bestimmt. Erst die von Kellers Willkür aufgebrachte Verknüpfung der Kontestationsfolgen mit der praetorischen « Formelerteilung » konnte und musste dazu führen, in der Praescriptio

(1) Der folgende Satz ist m. E. Justinianische Zusammenfassung einer ausführlicheren Erörterung Ulpians ; *et tutius est* dürfte kompilatorisch sein.

(2) S. Zocco-Rosa, Institutionum Palingenesia 2, 163.

(3) Dieses Erfordernis habe ich oft genug hervorgehoben. Konnten die Parteien ohne Ermächtigung des Praetors kein Prozessverhältnis begründen, so waren sie demgemäss auch nicht befugt, nach der Kontestatio « die Gewalt des Richters und die Prozessobligation nach eigenem Gutdünken umzugestalten ». Dies gegen Bekker, Zeitschr. Sav.-St. R. A. 27, 14. Dass die Streitbefestigung ein « unter (den normalen) privatrechtlichen Regeln stehender Vertrag » sei (Bekker a. a. O.), habe ich nicht behauptet, sondern ausdrücklich in Abrede gestellt (in meiner Litiskontestation [1889] S. 61).

eine amtliche Anordnung zu finden. Hatte man einmal der Formel fälschlich die Eigenschaft eines praetorischen Dekrets zuerkannt, so war nun freilich die gleiche Wesensbestimmung für die vorangeschriebenen Worte von selbst gegeben. Anders aber wird unser Urteil lauten, sobald wir, unbekümmert um Kellers überspannte Autorität, nur die klaren Quellen entscheiden lassen und ihnen zufolge die rechtliche Wirkung der Formel auf das Parteiengeschäft der Streitbezeugung gründen.

War es also der Kläger, der durch sein Agieren mit dem Gegner die Konsumption herbeiführt, so muss zum mindesten die Intentio und, wo neben ihr eine Demonstratio stand, auch diese als Erklärung gedacht sein, die vom Kläger selbst ausging. Wer aber wird dann noch annehmen wollen, dass im Eingang derselben Formel, in der die Parteien (1) reden, auch der Praetor das Wort ergreift, u. z. mit der Absicht, das vom Kläger Gesagte im voraus zu berichtigen und die Konsumption auf ein Gebiet zu beschränken, das enger umgrenzt wäre, als es den gleichzeitig getroffenen Bestimmungen der Litiganten entspricht? Und wie soll der Widerspruch beseitigt werden, der sich ergibt, wenn nach einstimmiger Überlieferung nur die Parteien

(1) In der Prozessformel (u. z. in allen Sätzen) sprechen die Parteien, nicht der Beamte : diese These habe ich zuerst 1896 angedeutet und dann bestimmter 1904 in der Zeitschr. Sav.-St. R. A. 25, 139 aufgestellt. Seitdem ist Lenel, dem meine Auffassung aus mündlicher Mitteilung bekannt war, im Edictum² (1907) 110, 6 auf ein wichtiges Stück meiner Begründung eingegangen. Meines Erachtens redet der Formeltext den Richter nicht in zweiter Person) an, sondern erwähnt ihn nur als zunächst (bei der Streitbefestigung) noch unbeteiligten Dritten. Demnach lautet die Arbitrierklausel genau so, wie sie die D. 4, 2, 14, 11 bieten (keine Interpolation!), und die Kondemnationsanweisung nicht « *condemna* », sondern « *condemnato* » bez. « *condemnanto* » ; ferner ist auch der Richter inmitten der Formel nicht im Vokativ angerufen (wie seltsam wäre das!), vielmehr steht dort « *iudex* » im Nominativ. Dies alles durchaus entsprechend der bei Gaius und Probus übereinstimmend und unzweifelhaft richtig überlieferten Eingangsklausel : « *recuperatores sunto* ». Naheliegenden Einwendungen gegen meine noch unausgeführte Lehre suche ich in der zit. Zeitschr. 25 S. 138, 2 u. S. 139, 1 vorzubeugen. Wenn mir Lenel a. a. O. trotzdem das lateinische Gesetz der Bantinischen Tafel Z. 9 f. entgegenhält, so hat zu meiner Freude jüngst (1910) Partsch, Zeitsch. Sav.-St. R. A. 31, 408 diesen Einwand als unerheblich zurückgewiesen.

die Macht haben, die Actio zu konsumieren, und nun anderseits der Praetor es sein soll, der in der Praescriptio *pro actore* über den Umfang dieser selben Konsumptio Anordnungen trifft?

Wie man sieht, steigen sofort unlösbare Schwierigkeiten auf, sobald man Ernst machen will mit der alten Praeskriptionslehre, die, dem Anschein nach, lediglich abgeleitet ist aus der gangbaren Auffassung der Formel im ganzen. Indes soll doch die Frage nicht unterdrückt werden, ob vielleicht die Quellen etwas enthalten, was grade nur für die Beurteilung des « *ea res agatur* » wichtig wäre? Anderswo als bei Gaius wird Belehrung darüber kaum zu finden sein. Bei diesem Autor aber lesen wir in 4, 133 über die éine Art der Praeskriptionen :

> *ab actore proficiscuntur;*

und noch deutlicher ist derselbe Gedanke in 4, 131ª ausgedrückt :

> *si verbi gratia ex empto agamus, [ut] nobis fundus mancipio detur, debemus [hoc modo] praescribere: « ea res agatur de fundo mancipando », ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi.....* (1).

Nicht vom Beamten geht also die Praescriptio aus, sondern vom Kläger, und der zuletzt angeführte Text sagt geradezu : « wir », d. h. wir Kläger müssen praeskribieren, um uns die Forderung auf Einräumung leeren Besitzes, die wir vorerst nicht ausüben, für die Zukunft zu bewahren. Wären die Gegner im Recht, so konnte Gaius solchen Ausdruck gewiss nicht gebrauchen ; richtig durfte er, unter dieser Voraussetzung, nur vom Postulieren des Klägers sprechen, das den Praetor veranlassen sollte, seinerseits einen beschränkenden Zusatz vor die Formel zu schreiben (2).

---

(1) Die folgenden Worte sind unleserlich. Wie dem Sinne nach der obige Text zu ergänzen sei, das ist nicht zweifelhaft. Z. B. mit Studemund-Krüger so : *ut... iterum ex empto agere possimus.*

(2) Wollte jemand *praescribere* = *postulare*, *ut a praetore praescribatur* verstehen, so würde ich in diesem Vorschlag so lange einen unerlaubten Kunstgriff sehen, als nicht erwiesen ist, dass sich nur durch solche Umdeutung ein unerklärlicher Widerspruch in den Quellen beseitigen lasse,

Um aber das bezeugte, *ab actore* herstammende *praescribere* recht zu erfassen, haben wir sowohl den Zusammenhang zu beachten mit dem im Bedingungssatz genannten *agamus*, wie auch die Eingrenzung der Konsumption, in der die Wirkung jenes *praescribere* zum Vorschein kommt.

Hiernach aber kann sich die in Rede stehende Tätigkeit des Klägers nicht erschöpfen in der Abfassung des Wortgefüges, das demnächst die Prozessformel einleiten soll. Sicher denkt Gaius, wenn er dem Kläger ein *praescribere* beilegt, viel mehr an die Streitbefestigung, an das *agere* also mit dem zustimmenden Gegner, das sich vermittels der Formel vollzog und das einerseits alle Formelstücke mit Einschluss der Praescriptio für die Parteien in Kraft setzt und verbindlich macht, anderseits die Zulässigkeit nochmaligen Agierens über die bezeichnete Sache aufhebt. Mithin weist der Satz « *actor praescribit* » auf einen Kläger hin, der durch sein prozessbegründendes Handeln mit anderen Formelteilen auch die vorangeschriebenen Worte rechtswirksam macht, und entspricht so genau dem *intendere*, *demonstrare*, *condemnare*, das die Quellen oft genug in derselben Weise dem agierenden Kläger zuschreiben.

Besonders wichtig ist es für uns, die Äusserungen zu vergleichen, welche die Quellen über das *demonstrare*, und die sie über das *praescribere* enthalten. Sieht man auf den Zweck, so sind offenbar keine anderen Formelteile so eng verwandt wie die zwei eben genannten. Wo die Demonstratio einer unbestimmten zivilen Intentio voraufgeht, da hat sie dieser gegenüber den Beruf, das Prozessthema in ähnlicher (1) Weise abzugrenzen, wie es auch durch die Praescriptio geschieht. Infolgedessen war und ist es sehr schwierig, die zwei Begriffe scharf und verlässig zu scheiden, sofern man nicht drauf verzichtet, sie anders als bloss nach äusseren Merkmalen zu bestimmen. Zudem führt ja

(1) Das Unterscheidende kann man so ausdrücken : Die Praescriptio p. a. zerlegt regelmässig ein Rechtsverhältnis in Stücke ; dagegen will die Demonstratio (zumeist) bewirken, dass das *dare facere oportere* des N. N. nur so weit Prozessgegenstand werde, als es aus einem bestimmten Rechtsverhältnis herstammt.

Gaius 4, 136. 137 mehrere Beispiele an, die zeigen, wie im Leben manchmal Praescriptio und Demonstratio ineinander übergingen (1).

Kaum denkbar also, dass trotzdem ein so wesentlicher, von den Quellen nicht betonter Unterschied bestand : dass der Sprecher in dem einen Formelstück der Praetor war, im anderen der Kläger. Würde endlich der Versuch gemacht, diesen Gegensatz wegzuschaffen durch Zurückführung auch der Demonstratio auf den Beamten, so müsste an Gaius 4, 59. 60 erinnert werden, wo die demonstrierende Person fünfmal genannt ist, und es jedesmal der Kläger ist, *qui demonstrat* — übereinstimmend mit 4, 131[a], wo der Kläger es ist, der praeskribiert.

Die im vorstehenden bekämpfte Deutung des « *ea res agatur* » war so lang nahezu selbstverständlich, als sich das hohe Ansehen von Kellers Lehre behauptete, die in stolzer Missachtung der Quellen aus der Streitbezeugung einen Amtsakt gemacht hatte. Kellergläubige gibt es sicher auch jetzt noch ; gross aber kann ihre Zahl nicht sein, da von den jüngeren Gelehrten die meisten, unter ihnen P. F. Girard (2), dem alten Führer nicht weiter folgen. Dessen ungeachtet ist die Wesensbestimmung der Gaianischen Praescriptio heute noch durchaus dieselbe wie zu Kellers Zeiten. Ob überall dieses Festhalten am Hergebrachten wohlüberlegt sei, das darf man vielleicht bezweifeln.

Indes hat doch Einer, u. z. kein Geringerer als Otto Lenel (3) wenigstens die allgemeinere Frage kurz erwogen, ob es angeht, die von mir vertretene Auffassung der Kontestatio anzunehmen, hinsichts der Formel aber beim alten stehen zu bleiben. Zu meiner Überraschung lautet die Antwort, die der Verfasser des Edictum gibt, bejahend (4) ;

---

(1) Vgl. dazu oben S. 623 f. A. 4. Man darf nicht vergessen, dass die Formeln gewiss eher da waren als die Begriffe Praescriptio und Demonstratio. Kein Wunder, wenn die Rechnung nicht überall aufging.

(2) Manuel[5] 1011, 3. 4.

(3) S. oben S. 630 A. 1.

(4) Die Folge davon ist die Aufnahme von lauter unklassischen Prozessformeln, wie sie Theophilus bietet, in das Edictum perpetuum von 1907.

doch soll sie nicht endgültig sein, da der Zusatz eingefügt ist : « bis auf weiteres ». Das will also sagen : Lenel sieht gleich mir in der Streitbefestigung einen Vertrag, den der Kläger und der Verklagte abschliessen. Die Bestimmungen dieses Geschäftes muss Lenel notwendig in den Worten der Formel ausgedrückt finden. Das Vertragsinstrument aber wäre ein höchst merkwürdiges Ding. Nicht die Kontrahenten würden darin Erklärungen abgeben, sondern ein Dritter, u. z. der Praetor, der seinerseits Befehle an den Judex richtet. Und wohl gemerkt, diese Weisungen würden den einzigen Inhalt der Prozessformel ausmachen. Für eine Anhangserklärung, wodurch die Parteien dem vom Praetor Gesagten beitreten, hätte die Formel keinen Raum gehabt.

Die Frage nach der Glaubhaftigkeit des eben geschilderten Gebildes braucht man nur aufzuwerfen, um sofort ernsten Zweifeln anheimzufallen. Doch ist in diesem Aufsatze nicht der rechte Ort für eine Weiterverfolgung des berührten Gegenstandes. Nur um deswillen war hier auf Lenels Standpunkt aufmerksam zu machen, weil gezeigt werden sollte, dass es vielleicht auch Gegner der amtlichen Kontestatio für möglich erachten, die Worte « *ea res agatur* » dem Praetor in den Mund zu legen. Um so mehr war es nötig, dieser noch unwidersprochenen Deutung in ausführlicher Kritik entgegenzutreten.

III.

Der Sinn der vom Beklagten praeskribierten Worte. — « *agatur* » = *lis contestetur*. — Vergleichung der Praescriptio mit der Intentio und der Demonstratio. — Die *pro reo* praeskribierte Bedingung.

Nunmehr kehren wir zurück zur Praescriptio *pro reo*, deren einleitender Satz dem gleichen Missverständnis ausgesetzt ist, das beim Vorbehalt *pro actore* schon gerügt wurde.

> *Ea res agatur, si in ea re praeiudicium hereditati non fiat* (Gai. 4, 133)

soll eine Anweisung des Beamten für den Richter sein, die Verhandlung der in der Formel genannten Rechtssache nur

zuzulassen, wenn zuvor festgestellt ist, dass sich durch diesen Prozess für die Frage des Erbrechts kein Praejudiz ergeben werde (1). Demnach wäre *apud iudicem* die im Bedingungssatz der Praescriptio ausgedrückte Frage zuerst vorzunehmen, und dabei wäre die Heranziehung der in der Intentio angezeigten Hauptsache unstatthaft. Träfe das wirklich zu, so hätte — wie Pissard (2) richtig bemerkt — der Praetor dem Judex etwas Unausführbares aufgetragen. Denn darüber, ob die Gefahr einer vorgreifenden Entscheidung besteht, kann der Richter doch erst Klarheit gewinnen, nachdem er Kenntnis erlangt hat von dem Rechtsgrund, auf den der Kläger das in der Intentio Angesprochene, z. B. sein Eigentum stützen will.

So sehr also Pissard Beifall verdient, wenn er es ablehnt, die Praescriptio *pro reo* als Vorschrift aufzufassen über die Reihenfolge der im Privatgericht zu verhandelnden Gegenstände, sowenig war er doch imstande, den wahren Sinn zu finden, ohne Kellern gründlich abzusagen. Auch er lässt ja noch, wie alle Vorgänger, den Praetor im Eingang der Formel eine Anordnung treffen über den zweiten Prozessabschnitt. Worauf aber sollte diese Anweisung gehen? Wenn Pissard (3) antwortet, « *ea res agatur* » heisse soviel wie : voici l'affaire dont il s'agit, so entzieht er den wohl überlegten Worten einer römischen Rechtsformel jede Bedeutung ; und wenn er dann hinzufügt : ou bien encore : juge, ne tiens compte du pouvoir normal d'absoudre et de condamner que le préteur te donne dans la formule que si..., so setzt er das Wort *agatur* flugs einem *iudicetur* gleich, was gewiss nicht zu rechtfertigen ist.

---

(1) Bethmann-Hollweg, Zivilprozess 2, 403, 83 unterstützt diese Auslegung der Praescriptio noch durch Berufung auf Quintil. 7, 5, 2. 3. Dagegen hat sich schon Lenel, Ursprung der Exzeptionen (1876) 45, 1 verwahrt : die *praescriptio* Quintilians sei nicht die Gaianische. S. auch Pissard a. a. O. 117, 4.

(2) A. a. O. 115 f. 73. Pissard hat diesen Gedanken wohl von Lenel, Exzeptionen 44 f. übernommen, der ihn freilich gerade bei der Würdigung der Praejudizialpraescriptio zur Seite schiebt. Dazu war aber Lenel lediglich durch die übliche (falsche) Übersetzung des praeskribierten Textes gezwungen.

(3) A. a. O. 115, 2; dazu oben S. 626 A. 7.

Ein Punkt ist bisher unerörtert geblieben. Nach allgemein gebilligter Lehre soll das *agi* in dem Wortgefüge, dessen Deutung hier in Frage steht, die Verhandlung des Prozessstoffs vor dem Judex anzeigen. Und diese Auffassung ist in der Tat nicht ganz ausgeschlossen, solange man das Wort für sich allein betrachtet. Wenn der Kläger und der Verklagte zuweilen selbst *post litem contestatam* als *is qui agit* und *cum quo agitur* bezeichnet werden, so durfte man auch von einem Privatrichter reden, *apud quem agitur* (1). Indes gebrauchen doch die Juristen das Wort in diesem allgemeineren Sinn nur recht selten. Begreiflich wird diese Enthaltung, wenn man erwägt, dass es sicher die Juristen waren, die für ihre Kunstsprache die Gleichsetzung des *agere (petere)* mit dem schwerfälligen *litem contestari* anregten und erwirkten (2). Wie sie streng darüber wachen, das *agere* dem Kläger als etwas Künftiges vorzubehalten, solange er noch vor der Kontestatio stand, so mussten sie anderseits die *actio* sofort der Vergangenheit zuweisen *(actum est!)*, sobald einmal die Lis begründet war.

Nun ist es hier unsere Aufgabe, eine der Zeit Ciceros (3) bekannte und der klassischen Praxis angehörige Rechtsformel auszulegen, einen Text also, der ohne Zweifel als Juristenwerk anzusprechen ist. Hiernach aber haben die modernen Gelehrten gewiss das Unwahrscheinlichste gewählt, wenn sie das *agatur* der Praescriptio auf das Verfahren vor dem Privatrichter bezogen und den technischen Sinn ausser acht liessen, den das Wort in der Juristensprache aufweist (4).

---

(1) Belege in meiner Gesch. der Kognitur (1892) 10, 6.

(2) S. Pauly-Wissowa Realenzyklopädie I, 303 ff.; Zeitschr. Sav.-St. R. A. 25 (1904) 170, 2; 28 (1907), 80, 1; Wlassak, Ursprung der Einrede 18—23. 44.

(3) De finib. 2, 1, 3.

(4) Diesen Vorwurf muss ich jetzt auch gegen Charles Wirbel erheben, der in seiner gründlichen und verdienstlichen Schrift Le cognitor (Paris 1911) die Ausführungen in meiner Gesch. d. Kognitur (1892) 25 ff. bekämpft. Der Streit betrifft den Sinn sowohl des *agere* wie des *petere*; doch gilt für beide Worte genau dasselbe. Wirbel p. 103 gesteht zu : Certes le terme *petere* (ebenso p. 107 : *agere*) a souvent le sens de *litem contestari*. Dessenungeachtet will er diese « technische » (so p. 104), von den Juristen aufgebrachte Bedeutung in einem juristischen Formular bei Gai. 4, 83 in Abrede stellen. Ist das nicht

Übrigens können wir nach dem oben Gesagten die hier verteidigte Gegenansicht noch weit bestimmter fassen. Sobald das *agere* erklärt werden soll, wie es in der Praescriptio steht, ist die Annahme der technischen Bedeutung, die es im Munde der Klassiker hat, nicht bloss das Nächstliegende, sondern auch allein statthaft. Denn die Worte « *ea res agatur* » würden im Eingang der Praescriptio *pro reo* etwas Absurdes aussprechen, falls man sie so verstehen wollte, wie es Kellers Schule verlangt, und in der Praescriptio *pro actore* wären sie ein sehr unvollkommener Ausdruck der Zweckbestimmung, um derentwillen sie — wie Gaius (4, 131. 131[a]) lehrt — vom Kläger beigefügt wurden.

Dagegen braucht man bloss des Spruches zu gedenken :

qua de re actum est, de ea postea agi non potest

und hiernach *agere* als kürzere Bezeichnung des *litem contestari* zu nehmen, um sofort das Wesen der den Formeln vorangeschriebenen Worte beiderlei Art klar zu erkennen.

Wollte z. B. A^s A^s die Konsumption der eingeklagten Obligation auf die fällig gewordenen Ansprüche beschränken, so erklärte er, indem er dem Gegner die vom Beamten zugelassene Streitvorschrift förmlich edierte oder diktierte : « *ea res* », d. h. die in der Intentio und Demonstratio näher

---

sehr willkürlich? Wie mich dünkt, könnte Wirbel seinen Widerspruch nur aufrechthalten durch den Nachweis, dass meine Deutung des *quod peto... cognitorem do* unzulässig sei. Sollten hierzu die Bemerkungen meines Kritikers p. 104 f. und 75, 1 ausreichen? Was in meiner Schrift S. 46—51. 73 f. dargelegt ist, hat Wirbel gar nicht beachtet. Die neue Auslegung aber, die er p. 105—109 von dem « *quod peto* » gibt, ist recht bedenklich. Das aussergerichtliche Ansprechen soll noch kein *petere* sein; dieses beginnt erst mit der Rechtsverfolgung in Jure, doch umfasst es wieder nicht die Streitbefestigung. Zeugnisse, die das Gegenteil dartun, verzeichnet meine Kognitur 12—17. — Meine Abhandlung vom J. 1892 will zeigen, dass den Römern die Verbindung des endgültigen *actionem* (*iudicium*) *dictare* und des *cognitorem dare* zu einem einzigen Geschäfte bekannt war (nur das S. 27 Gesagte widerrufe ich). Dieselbe Erscheinung und Auffassung glaube ich 1907 in der Zeitschr. Sav.-St. R. A. 28, 154—157 an der *manumissio apud consilium* erwiesen zu haben. — Meine Vermutung (Kognitur 38-40), dass die ältere Bestellungsform des Kognitors schon in der klassischen Zeit ausser Gebrauch kam, ist jetzt durch den Autuner Gaius 91 bestätigt.

bezeichnete Sache (hier ein Schuldverhältnis) soll nur insoweit Gegenstand unserer (1) Streitbefestigung sein : « *agatur* », oder — was dasselbe bedeutet — soll insoweit in das Prozessverhältnis (*iudicium*) (2) hineingezogen (« deduziert ») und mithin nur so weit verbraucht werden, als sich bereits fällige Verpflichtungen aus der behaupteten Obligation ergaben : « *cuius rei dies fuit* ».

War aber — wie Gaius in 4, 131ª annimmt — das Begehren eines Grundstückkäufers auf Manzipation und zunächst allein auf diese gerichtet, so setzt er als Kläger bei der Streitbezeugung neben dem regelmässigen Formeltext noch eine Praescriptio in Geltung, die folgendes enthält : « *ea res* », d. h. das weiter unten näher bezeichnete Kaufverhältnis, soll Gegenstand unseres Prozessgründungsgeschäftes nur sein : « *agatur* » betreffs der nach meiner Behauptung von dir geschuldeten Manzipation : « *de fundo mancipando* ».

Gibt man so in unserer Klausel dem *agatur* die ihm gebührende Bedeutung, so zeigt es sich aufs neue, wie verkehrt es wäre, die vorangeschriebenen Worte als wesensverschieden von den anderen Formelteilen zu trennen, und wie eng vielmehr ihr Zusammenhang besonders mit der Demonstratio und Intentio ist. Zum Beweise genügt es, auf Gaius 4, 40 und 4, 60 hinzuweisen. Dort heisst es :

---

(1) Vgl. Cicero de fin. 2, 1, 3 : *Omnis autem in quaerendo, quae via quadam et ratione habetur, oratio praescribere primum debet, ut quibusdam in formulis « ea res agatur », ut inter quos disseritur conveniat, quid sit id, de quo disseratur.*

(2) Wer Duquesne, La translatio (1910) 13 u. Anm. 1 liest, muss annehmen, dass ich in meinen prozessualischen Abhandlungen nur eine einzige Deutung von *iudicium* aufgebracht habe : *iudicium* = Formel. Um zu zeigen, dass das Wort auch in anderem Sinne vorkommt, besonders = « Prozessverhältnis », verweist nämlich Duquesne — indem er mir Übertreibung vorwirft — auf Heumann-Seckel Aufl. 9 von 1906. Allein im 2. Bande meiner Prozessgesetze (erschienen 1891) ist ein eigener § (19) diesen anderen Bedeutungen von *iudicium* gewidmet, und selbst unter meinen « Ergebnissen » (§ 40 S. 357 f.) hätte mein verehrter Kritiker folgendes gefunden : « Durch das zweiseitige Geschäft (die Kontestatio) wird das Prozessverhältnis begründet, das selbst wieder *iudicium* genannt wird... Endlich vertritt (das Wort) *iudicium* wie den ganzen Prozess so insbesondere die Streitbefestigung ». Wie oft ich seit 1891 diese Lehre wiederholt habe, davon schweige ich besser.

Demonstratio est ea pars formulae, quae praecipue (1) *ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur...*

und hier :

... depositi formulae... et in ea quidem formula, quae in ius concepta est, initio res, de qua agitur, demonstratorio modo designetur, deinde inferatur iuris contentio... in ea vero, quae in factum concepta est, statim initio intentionis alio modo res, de qua agitur, designetur his verbis :...

Während es die Praescriptio selbst ausspricht, dass sie mitwirken will bei der Feststellung des Gegenstands der Kontestatio und demnach des ganzen Prozesses, u. z. durch engere Eingrenzung dessen, was die Intentio bestimmt, verwendet das Schulbuch der Altsabinianer zur Kennzeichnung sowohl der Demonstratio wie der Intentio *in factum concepta* dieselben Ausdrücke, die auch in jener Einleitungsklausel vorkommen. Spricht also der praeskribierende Kläger die Worte aus : *ea res agatur...*, so sagt der betrachtende Jurist von der demonstrierenden und sofort auch von der intendierenden Partei, sie zeige die *res* an, *de qua agitur*, (zu deutsch :) die Rechtssache, über die kontestiert wird, und die für die Folge nun unabänderlich als Prozessobjekt zu gelten hat.

Ohne Unrichtiges zu behaupten hätte Gaius auch der Intentio *in ius concepta* und selbst der *incerta* die Aufgabe zuteilen können, die *res* festzusetzen, *de qua agitur*. Denn alle drei hier genannten Formelteile wirken in der Tat zusammen zu diesem einen Zweck. Nur insofern ergeben sich Unterschiede, als die Demonstratio mit ihrer Beschreibung des Tatbestands lediglich dazu dient, die Streitsache

(1) So die Handschrift. Doch wollen die neueren Herausgeber das *praecipue* nicht anerkennen. Girard schliesst sich einem m. E. sehr anfechtbaren Besserungsvorschlag von Th. Mommsen an. Studemund-Krüger erwägen die Umwandlung von *praecipue* in *principio*, ohne zu einem Entschluss zu kommen. Erst Seckel-Kübler [und so neuestens 1913 auch Girard] nehmen *principio* in den Text auf. Indessen macht ja die Demonstratio nicht immer den Anfang. Trotz Gai. 4, 132. 137 gehört die Praescriptio mit zur Formel. Jedenfalls aber muss die Textänderung unterbleiben, weil das überlieferte Wort nicht sinnlos und nicht anstössig ist.

festzustellen, — daher Gaius ihr *praecipue* (« vornehmlich ») diese Aufgabe zuweist — während die Intentio *in ius* (1) *concepta* und die Praescriptio der Betrachtung noch andere Seiten darbieten. Mit Fug (2) konnte man von der ersteren sagen : sie spreche das Begehren das Klägers aus (so Gaius 4, 41), von der letzteren : sie beschreibe nicht, sondern beschränke die zunächst durch Intentio und Demonstratio bestimmte Wirkung der Streitbefestigung noch weiter, bald durch Teilung des Rechtsverhältnisses, bald in anderer Weise.

Geringere Wirkung als ihr ohnedies zukäme hat die Kontestatio auch dann, wenn der dabei benutzten Formel eine Praescriptio *pro reo* beigefügt ist. In dem einzigen (3) uns überlieferten Beispielsfall lautet der vollständige (4) Text der vorangeschriebenen Einrede folgendermassen :

---

(1) Nur diese. Die « Intentio » *in factum concepta* verdient weit mehr den Namen *demonstratio*. Die römischen Gelehrten haben sicher zuerst bloss die zivilrechtlichen, aus den Legisaktionen entstandenen Formeln analysiert. Von daher waren sie gewohnt, die Intentio als den Kern der Prozessvorschrift anzusprechen. Als sie ihre Lehre auf die praetorischen, *in factum* konzipierten Formulare erstreckten, wollten sie auch hier eine *intentio* haben. Als solche konnten sie nur das den Tatbestand beschreibende Hauptstück bezeichnen. Angedeutet finde ich diese Entwicklung durch die — wohl recht alte — Gaianische Definition der Intentio (4, 41), die augenscheinlich bloss die *in ius* konzipierte trifft.

(2) Dieses billigende Wort ist bekanntlich angefochten. Wenn aber in Jure der agierende Kläger der anderen Partei gegenüber seine Rechtsbehauptung (*rem A^i A^i esse*, *A^o A^o ius esse*, *N^m N^m dare oportere*) aufstellt, kommt doch sein « Begehren » (*desiderium*, von dem Gaius sagt, es sei in der Intentio « konkludiert », d. h. enthalten) deutlich genug zum Ausdruck. Wegen der sog. *intentio in fact. conc.* s. die vorige Anm.

(3) Zweifelhafte Fälle — aus Ciceros Schriften — sind unten im Abschnitt VII anzuführen.

(4) In der Veronenser Handschrift ist von den Worten *si in ea re* nur der erste Buchstabe (*s*) lesbar; die weiter folgenden *qua de agitur* hat der Schreiber gar nicht aufgenommen. Vielleicht waren sie schon von Gaius selbst weggelassen. Die nötigen Textergänzungen in der Praescriptio sind aus Gaius 189 l. 7 ad ed. prov. D. 10, 2, 1, 1 zu nehmen und dürfen m. E. für ziemlich sicher gelten; s. auch Hugo Krüger, Zeitschr. Sav.-St. R. A. 29, 386 f. — Nicht durchaus zustimmen kann ich den Bemerkungen von Pissard a. a. O. 70 f.; am wenigsten der Vermutung, dass die Praejudizialeinrede der A. *fam. herc.* gegenüber auf die Provinzen beschränkt war.

« *ea res agatur, si in ea re, qua de agitur* (1), *praeiudicium hereditati non fiat* ».

Nach dem oben Gesagten ist es ausgeschlossen, in diesen Worten eine amtliche Anweisung zu sehen, die an den Judex gerichtet wäre. Ebensowenig aber dürften wir einer Anregung von Kniep folgen, der den Praetor mit dem « *ea res agatur* » die Praescriptio bewilligen lässt, und der also,

1) « *Qua de agitur* » und « *qua de re agitur* » im Texte der Prozessformeln, Interdikte und Stipulationen ist offenbar wesentlich anders zu beurteilen als das « *ea res agatur* » der Praescriptio und als « *res de qua agitur* » im Munde des definierenden Juristen. Überall wo jene Phrasen begegnen, bald im Gefolge eines einzelnen Wortes, bald eines Satzes oder Satzteiles, wollen sie das Voraufgehende genauer bestimmen, es konkretisieren, u. z. dadurch, dass sie, statt eine nähere Beschreibung zu geben, bloss hinweisen auf die Absichten, Gedanken der an dem fraglichen Verhältnis Beteiligten, auf *id, quod agitur* in dem besonderen Sinn des Gewollten, das nur angedeutet ist. Wo *qua de (re) agitur* gerade in Prozessformeln steht, war es die Willensmeinung der Streitparteien, die angerufen wird, wobei jedoch nach klassischen Auslegungsregeln (Belege in meiner Litiskontestation 61, 2) das *intellegere, sentire, putare* des Klägers das Übergewicht haben sollte. Da die Formel im ganzen mit der Streitbefestigung in Kraft trat, musste der Zeitpunkt der Prozessbegründung auch für *id quod agitur* massgebend sein. Doch war begreiflich zur Ermittelung der im Augenblick der Kontestatio vorhandenen Willensmeinung alles Voraufgegangene heranzuziehen : die ganze Vorverhandlung und der Ursprung der Streitsache, keineswegs bloss dasjenige, was die Parteien in Jure gesprochen hatten. Man stelle sich nur zwei Parteien vor, die sich schon vor dem Erscheinen in Jure — dank der Vermittlung von befreundeten Juristen — über den Formeltext völlig geeinigt haben. Solchenfalls wird meistens die Verhandlung vor dem Beamten nichts oder nur wenig gebracht haben, was geeignet wäre, das *q. d. r. a.* der Formel aufzuklären. Indes ist Hugo Krüger a. a. O. 29, 383. 387 anderer Ansicht; vielleicht auch schon P. Krüger Konsumtion und Rechtskraft 65. — Um Missverständnissen vorzubeugen, noch eine Zusatzbemerkung! Für die Auslegung der praetorischen Stipulationen fordern die Klassiker die Beachtung der *mens praetoris* (s. Wlassak, Litiskontestation 61 f.). Nicht anders haben sie sicher auch die Prozessformel beurteilt. Allein die *mens praetoris* konnte doch nur für die typischen Stücke der Formel in Betracht kommen (vgl. z. B. Trebatius und Pomponius D. 44, 2, 20 u. 21 pr., welche den *actor*, den *iudex* und die *litigatores* nennen, nicht den Praetor), und auch diese eignen sich die Parteien an, indem sie mit Benutzung der im Album vorgezeichneten Worte in Einigkeit das Prozessverhältnis begründen. M. W. hat bisher niemand den Vertragscharakter der praetorischen Stipulation geleugnet : daher kann diese Kennzeichnung um deswillen, weil die *mens praetoris* zu beachten ist, auch für die Streitbezeugung nicht verworfen werden. — K. Hellwig hat gelegentlich den Gedanken geäussert : die klassische Litiskontestatio sei ein « dreiseitiger Akt » (im

bei richtiger Übersetzung von *agere* (1), die Parteien (in Jure) als Adressaten des « Dekrets » ansprechen müsste. Denn wie immer man die Formel kennzeichnen mag, ob man sie für einen Text hält, durch den die Parteien einverständlich das zu begründende Prozessverhältnis regeln (2), oder für einen amtlichen Bescheid an den Judex über die Behandlung und Erledigung des Rechtsstreits, in keinem Fall bietet sie Raum für ein Dekret, das nur die Parteien angeht. Wie es sinnlos wäre, einen solchen Befehl einer Anweisung beizufügen, die dem Richter gegeben wird, so befremdlich wäre es auch, wenn die Parteien das amtliche Dekret im ursprünglichen Wortlaut vor ihren Vertragstext gesetzt hätten. Ihre Sache wäre es doch gewesen, sich dem praetorischen Befehl zu fügen (3) und dem entsprechend ihren Formeltext zu gestalten; nicht aber, das unausgeführte Dekret lediglich zu wiederholen.

Die bedrückende Eigenschaft, Rätsel aufzugeben, verliert

Lehrb. d. deutschen ZP. 2 S. 5. Anscheinend ist die im Lehrb. 1, 9, 3 vorgetragene Lehre von der « Erteilung der Formel » gemeint. Indes soll doch schon mit der amtlichen « Erteilung » die Konsumption der Actio eintreten! — Über das dreiseitige Prozessverhältnis der RZPO handelt Hellwig in seinem Lehrb. 2 § 69). Es wäre nur freudig zu begrüssen, wenn der ausgezeichnete Prozessualist nochmals zum römischen Recht zurückkehren und den Beweis nachbringen wollte, dass der dreiseitige Akt zwischen dem Praetor und den zwei Parteien ein römisch-klassischer Begriff ist.

(1) Dass Kniep a. a. O. 13 (s. auch oben S. 626 A. 5) wirklich die übliche Auffassung von *agere* (= Verhandeln vor dem Privatrichter) verwirft, will ich durchaus nicht behaupten. Meine Polemik trifft also einen fingierten Gegner, scheint mir aber nötig zu sein, um alle möglichen Deutungen des « *ea res agatur* » zu erschöpfen.

(2) Mit diesen Worten ist m. E. das Wesen der lediglich kontestierten Prozessformel richtig beschrieben. Doch fehlt ihr so noch die verbindliche Kraft für den mit praetorischer Ermächtigung angenommenen Judex. Was den Parteien unerschwinglich ist, wird ergänzt (u. z. mit Rückwirkung) durch das obrigkeitliche *iudicare iubere* : durch ein praetorisches Dekret, dem eine Abschrift der Formel beigefügt ist. Dieses Dekret macht aber weder aus dem *iudex privatus* einen Kommissar, noch aus der Parteienformel eine amtliche Anweisung. Nur gesteigert wird die nach wie vor wesentlich aus der Streitbefestigung abgeleitete Wirkung. Nähere Ausführung des hier Angedeuteten bleibt vorbehalten; vgl. einstweilen die Nachweisungen in der Zeitschr. Sav.-St. R. A. 25, 139, 1.

(3) Wenn sie nicht lieber auf den Prozess mit der vom Praetor gewünschten Vorschrift verzichten wollten.

die Praescriptio *pro reo* sofort, wenn wir uns entschliessen, in der einleitenden Phrase dem *agere die* Bedeutung beizulegen, die ihm regelmässig in der Sprache der Juristen zukommt. Demnach sind auch in dieser Praescriptio die Worte « *ea res agatur* » eine unter einmütigen Parteien abgegebene Erklärung, die hier vornehmlich vom Beklagten ausgeht, da *er* es ist, der sie beantragt, und der sie dann endgültig « opponiert » (1), indem er *iudicium accipit* (2). Ihr Sinn aber ist genau derselbe wie in den früher besprochenen Fällen, nämlich : zum Gegenstand eines Prozessverhältnisses soll die im Kernstück der Formel bezeichnete Streitsache (*ea res*) nur werden (*agatur*), und demzufolge soll die Streitbefestigung auch ihre Ausschlusswirkung nur entfalten, wenn die in der Praescriptio angezeigte Bedingung sich verwirklicht hat.

In dem Beispielsfall bei Gaius ist die Wirksamkeit der Kontestatio abhängig gemacht von einem Nichtsein (3), u. z. davon, dass keine Praejudizialgefahr besteht für die Frage des Erbrechts. Durch die Praescriptio *pro reo* wird also dem Geschäft der Prozessbegründung eine uneigentliche, scheinbar aufschiebende Bedingung beigefügt. Darf diese als vorhanden gelten, so erweist sich das *iudicium* als rechtswirksam : nach der positiven Seite insofern, als der bestellte Richter hier ein gültiges Urteil sprechen kann; und ebenso nach der negativen, da die einmalige Actio die Erneuerung des Rechtsstreits über dieselbe Sache dauernd ausschliesst.

Dagegen im anderen Fall, wenn der Richter den Mangel

---

(1) S. Gai. 4, 133 (oben S. 615). Doch ist die Formel ein den Parteien *gemeinschaftlicher* Text. Sobald sie kontestiert ist, ruht ihre Geltung in *allen* Teilen auf dem Einverständnis der Litiganten. Daher sind jetzt die einzelnen Stücke der Streitvorschrift nur « vornehmlich » auf die eine oder andere Partei zurückzuführen. Gai. 4, 119 hebt es besonders hervor, wie sich im Text der Formel die vom Beklagten und die vom Kläger ausgehenden Erklärungen in einander schlingen : *omnis exceptio obicitur quidem a* **reo**, *sed ita formulae inseritur, ut condicionalem* (gründlos von Beseler verdächtigt) *faciat condemnationem* (die vom *Kläger* ausgeht).

(2) Dazu Wlassak Ursprung der Einrede 31.

(3) Auch für die praescribierte Einrede gilt die Regel, die Gai. 4, 119 für die Exzeptionen aufstellt : *Omnes... exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is cum quo agitur.*

des bedingenden Umstands (z. B. das Dasein der Praejudizialgefahr) ermittelt hat, darf er lediglich über diesen Punkt seinen Wahrspruch verkünden. Ermächtigt ist er zu dieser Feststellung durch das vom Beamten ausgehende *iubere iudicare* (1). In der Sache selbst aber kann er kein Urteil fällen, da es sich gezeigt hat, dass der Gegenstand, von dem die Formel handelt, nicht ins Judicium deduziert ist, und daher für seine Richtermacht, soweit sie auf dem Prozessvertrage ruht, kein Objekt vorhanden war.

Das Verhältnis der hier entwickelten Lehre zu den Ansichten der auf S. 619-622 genannten Schriftsteller ist leicht mit wenigen Worten darzulegen. Im Gegensatz zur Meinung von Planck, Keller, Girard und anderen, die trotz der Praescriptio *pro reo* jedenfalls « Konsumption » eintreten lassen, hat nach meiner Auffassung die Kontestatio, bei der die Parteien eine Formel mit vorangeschriebener Einrede benutzen, nur dann begründende wie ausschliessende Wirkung, wenn sich die praeskribierte Bedingung als vorhanden erweist, während im entgegengesetzten Fall der Akt der Streitbezeugung der rechtlichen Folgen entbehrt.

Hiernach stimme ich in dem wichtigsten Punkte mit Zimmern, Puchta, Bekker und Lenel überein, sehe aber, abweichend von den zwei Erstgenannten, die Kontestatio nicht für einen amtlichen, sondern für einen Parteienakt an und leugne daher das auch von Lenel behauptete bedingte *iudicium* (*actionem*) *dare* des Beamten. Nicht der Praetor fügt seiner Genehmigung der Streitvorschrift einen beschränkenden Zusatz bei ; wohl aber gestattet er den Parteien die beabsichtigte Prozessbegründung mit einer Formel, deren vorangeschriebene Worte die Wirkungen der Kontestatio an eine (uneigentliche) Bedingung knüpfen.

(1) Vgl. Zeitschr. Sav.-St. R. A. 25, 139, 1 ; ferner oben S. 630 A. 1, S. 642 A. 2 und weiter unten Abschnitt VII.

Moriz Wlassak,
Professor an der Universität Wien.

I risultati d' una nuova « Palingenesia » delle Istituzioni di Giustiniano.

> In rebus quibuscumque difficilioribus non expectandum, ut quis simul et serat et metat; sed praeparatione opus est, ut per gradus maturescant.
>
> Bacone.

Nella « Miscellanea », pubblicatasi in onore di Ermanno Fitting, ci fu dato già di rilevare non solo l' utilità, ma la necessità d'una nuova *Palingenesi* delle Istituzioni di Giustiniano, solidamente fondata sur una novella microscopica analisi del testo ed una critica revisione delle fonti sue libro per libro, titolo per titolo, paragrafo per paragrafo (1).

Da un bel pezzo noi avevamo osservato (2), che i così detti « criterî discretivi » (3), usati dal Ferrini (4), non potevan condurre e non condusser punto all' accertamento *sicuro* e *definitivo* delle fonti *incerte* od *ignote* delle Istituzioni giustinianee. Alla nostra volta ci accingevamo a darne una « *Palingenesia* » novella, ch' è stata, oggimai, condotta a

---

(1) Zocco-Rosa, *D'une nouvelle Palingénésie des Institutes de Justinien.* (*Mélanges Fitting.* T. II).

(2) Zocco-Rosa, *Le Ist. di Giustiniano secondo la critica moderna.* Palermo, Reber, 1896.

(3) Criterio delle *citazioni*, criterio dell' *esclusione*, criterio dell' *analogia*, criterio dello *stile*, criterio dell' *argomentazione*.

(4) Ferrini, *Sulle fonti delle Ist. di Giustiniano.* Milano, 1890. [Estr.]. Id. *Sulle fonti delle Ist. di Giustiniano.* Roma, 1901. [Estr.].

termine in due volumi (1). E poichè la prima edizione sua è fuori commercio, ci pregiamo di comunicare agli studiosi il metodo, con cui è condotta, ed i risultati, che abbiamo ottenuti.

***

Noi credemmo, che fosse tempo, ormai, d'abbandonar per sempre il metodo malfido di mettere al posto delle fonti *perdute* fonti *affatto immaginarie* come se fossero *certe* e *definitive !* Intanto se la « *Palingenesia* » delle Istituzioni giustinianee non vuolsi popolare d' ingannevoli fantasmi, fa d' uopo condurla in guisa da separar sempre, in modo netto e reciso, quel che nelle loro fonti v' ha :

I). d' assolutamente *certo* e *controllabile*.

II). d' assolutamente *incerto* od *ignoto*.

III). di meramente *ipotetico* o *indiziario* (2).

A tal uopo abbiamo intrapreso una nuova analisi del testo delle *Istituzioni* ed un' attenta revisione critica delle fonti, dalle quali esso deriva. I risultati sono stati questi (3) :

I). Le fonti, che si volevano far rivivere mercè i così detti « *criterî discretivi* », non posson tenersi nè per *certe*, nè per *definitive*. Fu un errore darle per tali.

II). Apparve chiaro, come la luce del Sole, che i *criterî discretivi* posson condurci soltanto a *semplici ipotesi*, posson darci soltanto *fonti ipotetiche*, le quali spesso non resistono ad un' attenta critica. Fonti siffatte (soventi volte *immaginarie*) possono, se mai, segnarsi con un punto interrogativo. L' averle segnate come *certe* fu un metodico errore.

III). Apparve, che specialmente il criterio della *lingua* e dello *stile* aveva condotto a gravi equivoci, a grossi errori.

---

(1) Zocco-Rosa, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*. Vol. I [XII-490]. Vol. II [XII-550]. Seguirà un volume complementare [*Paralipomeni*]. Di tutta l' opera si farà una 2ª edizione.

(2) *Palingenesia*, Prolegomeni : *La ricerca delle fonti delle Ist. giustinianee da Du Caurroy a Ferrini. — Esame critico de' loro criteri. — Insufficienze, difetti, errori.* (Vol. I, p. 9-12).

(3) *Paling.* Parte prima. *Analisi del testo delle Istituzioni di Giustiniano. Revisione critica delle loro fonti.* Vol. I [Lib. I-II], p. 43-490. Vol. II [Lib. III-IV], p. 1-387.

IV). Apparve, infine, che spesso s' era errato nell' indicare *in blocco* la fonte de' singoli paragrafi. Invece essi dovevano dividersi e furon da noi divisi in più parti, distinguendo le fonti d' una parte dalle fonti dell' altra, separando la parte, che ha fonte *nota* e *certa*, dalla parte, che ha fonte *incerta* o *ignota* (1).

La nuova analisi del testo e la revisione critica delle fonti sue ci schiusero la via alla selezione delle fonti *certe* e *controllabili* dalle fonti *incerte*, *ignote*, *incontrollabili* (2).

Assorgemmo, poscia, ad una sintesi generale de' materiali, usatisi nella composizione di ciascun libro e di ciascun titolo delle Istituzioni giustinianee (3). Tutte le loro fonti restarono così distinte :

I. — Fonti classiche e semiclassiche.	*a*). classiche pure. (4) [non interpolate].
	b). semiclassiche. (5) [interpolate].
II. — Fonti bizantine.	Passi dovuti a' commissarî giustinianei. (6)

La selezione delle fonti *certe* e *controllabili* dalle fonti *ignote* e *incontrollabili* ci fe' constatare tutta la fallacia del metodo, che dava *ipotesi* per *fonti*. E se, dopo un' attenta critica, fu tolto alle *ipotesi* l' usurpato posto di fonti per-

(1) Sono numerosissimi i paragrafi delle Istituzioni, rispetto ai quali abbiamo fatto, per la prima volta, questa distinzione e questa separazione. V. *Paling.* Vol. I, p. 67, 70, 97, 100, 124, 127, 128, 131, 133, 134, 151, 157, 160, 165, 174, 186, 202, 208, 214, 223, 227, 229, 232, 239, 243, 244, 251, 257, 265, 273, 287, 291, 292, 295, 296, 299, 308, 318, 325, 326, 327, 333, 335, 361, 362, 365, 382, 384, 387, 396, 399, 411, 414, 418, 429, 431, 446, 447, 459, 467, 468, 474-476, 481-482 [*Inst.* lib. I-II]. Nei libri III e IV delle Istituzioni abbiamo fatto questa distinzione e questa separazione quasi ad ogni pie' sospinto. V. *Paling.* Vol. II, p. 15-387. Cf. *Annuario dell' Istituto di Storia del Diritto Romano*, Vol. XII (1911).

(2) *Paling.* Parte II. *Selezione delle fonti certe e controllabili dalle fonti incerte, ignote, incontrollabili* (Vol. II, p. 392-451). *Liber I* [p. 392-405], *Liber II* [p. 406-422], *Lib. III* [p. 423-439], *Lib. IV* [p. 440-451].

(3) *Paling.* Parte II. *Sintesi generale.* (Vol. II, p. 452-456).

(4) Queste fonti le abbiamo segnate con un *.

(5) Queste fonti le abbiamo segnate con due **.

(6) Questi passi son segnati così : = J.

dute ed ignote, la « *Palingenesia* » delle Istituzioni giustinianee, dopo tutto, ce n' ha guadagnato. Il *certo* ed il *sicuro* più non si confondono con le fiammelle di fuochi fatui, con le ombre d' ingannevoli fantasmi, quali erano i *supposti*, gl' *immaginati* passi *perduti* di questa o di quell' opera di classico giurista (1).

La distinzione (mercè segni convenzionali) delle *fonti classiche pure* da quelle *semiclassiche* valse, poi, a far rilevare, a colpo d'occhio, le *più sicure* interpolazioni fatte da' compilatori. E restò sfatato per sempre il pregiudizio, che d' interpolazioni possa parlarsi rispetto a' *Digesti*, non anche rispetto alle *Istituzioni*. Anche in queste ricorrono interpolazioni, le quali posson classificarsi in due categorie:

I). *Interpolazioni* (formali o sostanziali), fatte durante la compilazione delle *Istituzioni*. Per esse noi adottiamo il segno : J.*

II). *Interpolazioni*, già fatte nella compilazione de' *Digesti* e passate nelle Istituzioni. Per esse noi usiamo il segno : J.**

Dell' una e dell' altra categoria d' interpolazioni noi abbiam dati, a parte, parecchi saggi a proposito dell' *Aufruf, betreffend die Herstellung eines Verzeichnisses der Interpolationsnachweise in den Digesten, Institutionen und Codex Justinianeus.* [*Zeitschrift der Savigny-Stiftung*. R. A. XXX, p. v ss.] (2).

***

È noto, che Federico Bluhme (3), esaminando le fonti, dalle quali i compilatori de' Digesti avrebber attinto, le dis-

(1) Spesso s' immaginò, che questo o quel paragrafo delle Ist. di Giustiniano fosse derivato da questo o da quel *passo perduto* delle *Res cottidianae* di Gaio ed il *supposto* passo *inesistente* si segnò come fonte *certa* e *definitiva*! Noi ci facemmo un dovere di correggere questo errore, che dava corpo alle ombre! Cf. Paling. Vol. I-II *passim*.

(2) Questi saggi abbiamo dati dapprima con la memoria : *Le interpolazioni nelle Ist. di Giustiniano* (Catania, Istituto di Storia del Diritto Romano, 1910), poscia con la Nota : *Per una raccolta d' interpolazioni nelle compilazioni giustinianee.* [*Annuario dell' Istituto di Storia del D. Rom. presso la R. Università di Catania*. Vol. XII, 1911].

(3) Bluhme, *L' ordine dei frammenti nei titoli delle Pandette. Contributo alla Storia dell' origine delle Pandette*. Traduzione di P. Conticini. Pisa, 1838,

tinse tutte quante in tre masse : *massa sabinianea*, *massa edittale*, *massa papinianea*. Insieme spartì tutti i titoli de' Digesti secondo queste tre *masse*, che avrebber concorso alla lor formazione.

Orbene, un lavoro di questo genere non s' era fatto ancora per le *Istituzioni*. Eppure un lavoro siffatto è parte essenziale della loro « *Palingenesia* ». Ciò spiega perchè noi di buon grado vi ci accingemmo nella *Parte III* dell' opera nostra (1); una parte, ch' è divisa in due sezioni :

I). *Classificazione delle varie fonti. — Spartizione de' libri e de' titoli delle Istituzioni secondo le fonti, dalle quali derivano* (2).

II). *In qual misura i compilatori usarono i materiali delle varie fonti*? (3).

Noi classificammo le fonti delle Istituzioni di Giustiniano così :

Attinte direttamente.

I. — Pars Gaiana.	*Institutiones.* (' *praecipue* '). *Res cottidianae.*
II. — Pars Marcianea.	*Institutiones.*
III. — Pars Florentiniana.	*Institutiones.*
IV. — Pars Ulpianea.	*Institutiones.*
V. — Particula Pauliana?	*Institutiones.*
VI. — Pars ex Digestis.	Passi tolti da scritti inseriti nei Digesti.

p. 189-194. Ci occupiamo altrove degli studi critici di Hofmann, *Die Compilation der Digesten Justinians*. Wien, 1900.

(1) *Paling.* Vol. II, p. 460-500.

(2) *Paling.* Vol. II, p. 460-491.

(3) *Paling.* Vol. II, p. 492-500.

VII. — Pars Justinianea. { *a*). Aggiunzioni o modificazioni, fatte da' compilatori a' testi classici. *b*). Passi dovuti a' compilatori. *c*). Mutui al Codice di Giustiniano.

Fatta questa classificazione, spartimmo sotto ciascuna parte tutti i paragrafi de' quattro libri delle Istituzioni, affinchè, infine, riescisse agevole determinare in qual misura i compilatori abbiano usati i varî materiali classici.

Noi siamo giunti a' seguenti risultati :

Il compilatore de' libri I-II lavorò su queste parti :

I. — *Pars Gaiana.*
II. — *Pars Ulpianea.*
III. — *Pars Marcianea.*
IV. — *Pars Florentiniana.*
V. — *Pars ex Digestis.*

Sfruttò circa 210 volte la *pars Gaiana*, da cui, dunque, trasse il grosso del materiale; ma con prevalenza delle *Institutiones* (sfruttate circa 126 volte) sulle *Res cottidianae*, sfruttate circa 84 volte (1). Insieme fu usata, con certa frequenza, la *pars Marcianea* (2). Il terzo posto spetta alla *pars Justinianea* (3) per interpolazioni e per richiami al Codice di Giustiniano; il quarto alla *pars ex Digestis* con circa 69 contributi; il quinto alla *pars Ulpianea*, sfruttata parcamente; il sesto alla *pars Florentiniana*, usata un tredici volte.

Tutto sommato, alla composizione de' libri I-II han contribuito, in *ordine decrescente*, le seguenti parti :

I. — Pars Gaiana. } *Contributo massimo.*

II. — Pars Marcianea. } *Contributo frequente.*

(1) *Paling.* Vol. II, p. 460-466.
(2) *Paling.* Vol. II, p. 475-476.
(3) *Paling.* Vol. II, p. 484-486.

III. — Pars Justinianea. } *Contributo considerevole.*

IV. — Pars ex Digestis. } *Contributo non largo.*

V. — Pars Ulpianea. } *Contributo parco.*

VI. — Pars Florentiniana. } *Contributo minimo.*

Quali parti sfruttava, alla sua volta, il compilatore dei libri III e IV? Egli sfruttava la *pars Gaiana* ancor più che il compilatore de' libri I e II, perchè vi attingeva circa 300 volte [*Inst.* circa 153 volte, *Res cott.* circa 147 volte]. Nella redazione del lib. III prendeva più dalle *Res cott.* [71 volte circa], meno dalle *Inst.* [64 volte circa]. Invece nella redazione del lib. IV prendeva più dalle *Inst.* [circa 89 volte], un pò meno dalle *Res cott.* [86 volte circa].

Ben poco erano sfruttate la *pars Marcianea* e la *pars Ulpianea*, la quale doveva rimaner estranea alla compilazione del lib. IV. Invece è largo il contributo dato dalla *pars ex Digestis*, mentre l' opera personale del compilatore s' è esplicata assai frequente nella *pars Justinianea* sia per interpolazioni, sia per mutui o richiami al Codice di Giustiniano. Indeterminabile l' uso (se pur vi fu) delle *Inst.* di Paolo.

In conclusione, nella compilazione de' libri III e IV le varie parti sono state sfruttate nella seguente misura decrescente :

I. — Pars Gaiana. } *Contributo massimo.*

II. — Pars Justinianea. } *Contributo frequente.*

III. — Pars ex Digestis. } *Contributo cospicuo.*

IV. — Pars Florentiniana. } *Contributo minimo.*
V. — Pars Marcianea. }

VI. — Particula Pauliana. } *Contributo incerto.*

Chiaro è : le *Institutiones* e le *Res cottidianae* di Gaio han avuto un' assoluta prevalenza in tutta la compilazione (1). Per ciò che riguarda le altre fonti, qual divario non corre tra la compilazione de' libri I e II e quella de' libri III e IV? Negli uni la parte d'origine classica (direttamente o indirettamente attinta) è di gran lunga prevalente; ma negli altri? La *pars Justinianea* prende il secondo posto immediatamente dopo la *pars Gaiana*.

Insieme abbiamo notate due altre cose. Una è questa : se, per regola generale, ogni titolo deriva dalla combinazione di fonti molteplici o dall' intreccio di fonti classiche con coniazioni bizantine, v' hanno, a volta a volta, de' titoli derivanti da unica fonte, ora esclusivamente classica (2), ora esclusivamente bizantina (3).

Un' altra cosa meritevole di nota è questa : tanto il compilatore de' libri I-II, quanto quello de' libri III-IV, nel compilare il principio d' ogni titolo, scelgono, di regola, un passo delle *Istituzioni* di Gaio.

Ecco :

LIB. I. (4)

Tit. 3 pr. : Gai I. 9.
Tit. 6 pr. : Gai I. 36. 37.
Tit. 8 pr. : Gai I. 48. 49. 50. 51.
Tit. 9 pr. : Gai I. 55.
Tit. 12 pr. : Gai I. 124. 126. 127.
Tit. 16 pr. : Gai I. 142-143.

---

(1) Giustiniano l' aveva già lealmente dichiarato nella Const. *Imp. maiest.*, §. 6.
(2) V. *Paling.* Vol. II, p. 495.
(3) V. *Paling.* Vol. II, l. c.
(4) V. *Paling.* Vol. I, p. 45 ss.

Tit. 18 pr. : Gai I. 166. + J.
Tit. 19 pr. : Gai I. 166[a].
Tit. 20 pr. : Gai I. 185.
Tit. 22 pr. : Gai I. 196. + J.
Tit. 24 pr. : Gai I. 199. 200.

LIB. II. (1)

Tit. 1 pr. : Gai II. 1.
Tit. 2 pr. : Gai II. 12.
Tit. 8 pr. : Gai II. 62. 63.
Tit. 9 pr. : Gai II. 86.
Tit. 11 pr. : Gai II. 109.
Tit. 16 pr. : Gai II. 179. 180.
Tit. 20 pr. : Gai II. 191.
Tit. 22 pr. : Gai II. 224-227. + J.
Tit. 23 pr. : Gai II. 246-247.

LIB. III (2)

Tit. 7 pr. : Gai III. 39.
Tit. 10 pr. : Gai III. 82.
Tit. 14 pr. : Gai III. 90.
Tit. 20 pr. : Gai III. 115.
Tit. 22 pr. : Gai III. 135.
Tit. 23 pr. : Gai III. 139.
Tit. 25 pr. : Gai III. 148.
Tit. 28 pr. : Gai III. 163.

LIB. IV (3)

Tit. 3 pr. : Gai III. 210.
Tit. 8 pr. : Gai IV. 75.
Tit. 10 pr. : Gai IV. 82.
Tit. 12 pr. : Gai IV. 110.
Tit. 13 pr. : Gai IV. 115.
Tit. 14 pr. : Gai IV. 126.
Tit. 15 pr. : Gai IV. 138. + J.

Fu un puro caso? Potrà essere stata anche una *bellissima machinatio* ad onor di colui, che fornì alla compilazione la parte precipua de' materiali (4).

(1) V. *Paling.* Vol. I, p. 45 ss.
(2-3) V. *Paling.* Vol. II, p. 1 ss.
(4) V. *Paling.* Vol. II, p. 495-496. Di questo fatto, trascuratosi sinora, ci

***

A completare la « *Palingenesia* » delle Istituzioni di Giustiniano, noi volemmo ricostruir l' opera della commissione compilatrice, prendendo le mosse dalle intuizioni di Huschke (1).

In qual modo la commissione ebbe a procedere nei lavori suoi?

Se Huschke aveva intuito, che v' ebbe una division di lavoro tra Teofilo e Doroteo sotto la direzione di Triboniano, non aveva ricostruito il piano generale della compilazione. Nel tracciar questo piano, quali quesiti ebbe a proporsi la commissione, presieduta da Triboniano?

Noi abbiamo stabilito, ch' essa ebbe a proporsi i quesiti seguenti (2) :

I. — In quanti libri dovranno essere ripartite le nuove Istituzioni?

II. — Che cosa vi si dovrà esporre?

III. — A quali fonti dovranno attingersi i materiali?

IV. — Qual metodo dovrà tenersi nell' esposizione?

Restava a vedere in qual modo la commissione compilatrice avesse risoluti siffatti quesiti preliminari. E ci fu dato di determinarlo con la guida delle seguenti fonti :

Const. *Imperat. maiest.* §§. 4. 5. 6.
Const. *Tanta circa* §. 11.
Const. *Omnem reip.* §. 2.
Inst. I. 1 §. 2.

Su tali fonti appunto abbiam fondata questa ricostruzione :

---

occupammo in una comunicazione al *Congresso internazionale di scienze storiche* (Roma, 1903). Vedi *Atti del Congresso*, Vol. IX, p. 219 ss.

(1) *Paling.* Vol. II. Parte IV. *Il lavoro della Commissione compilatrice.* Cap. I. *Le intuizioni di Huschke. I seguaci e gli oppositori*, p. 501-526.

(2) V. *Paling.* Parte IV. Cap. III. *Il certo e l' incerto nelle modalità della compilazione delle Istituzioni giustinianee. — Quel che può desumersi dalle fonti*, p. 527 ss.

Piano generale della compilazione delle Istituzioni di Giustiniano.

In quanti libri si doveano dividere le Istituzioni.	*Che cosa si dovea esporre.*	*Fonti, dalle quali dovevan attingersi i materiali.*	*Metodo dell' esposizione.*
In IV libri a mo' delle *Institutiones* Gai. — — ' *in hos* quattuor libros *easdem Institutiones partiri iussimus,* ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa.' (1).	*et quod antea optinebat et quod postea desuetudine inumbratum ab imperiali remedio illuminatum est* (2).	*ex omnibus antiquorum institutionibus et praecipue ex commentariis Gaii nostri, tam* Institutionum *quam* Rerum cottidianarum *aliisque multis commentariis* (3).	Premesse alcune idee generali, non si doveva *ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum onerare*; ma si doveva guidar lo studente alla meta in modo semplice e piano, senza gran fatica, senza ingenerargli diffidenza alcuna (4).

(1) Const. *Imperatoriam maiestatem* §. 4. Cf. Const. *Tanta circa* §. 11. : — — ' et *quattuor libris* reponere et totius eruditionis prima fundamenta atque elementa ponere '. Si adottava il criterio gaiano, che ' omne ius, quo utimur, vel *ad personas* vel ad *res* vel *ad actiones* pertinet '. E doveasi cominciar dalle persone : ' *nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur* '. Inst. I, 2, 12=Gai I, 8. Cf. Marezoll, *De ordine Inst.* Gött. 1815. Unger, *De duorum praecipuorum iurisprudentiae apud vet. systemat. tam indole, quam origine.* Hannover 1834. Affolter, *Das röm. Institutionensystem* (1897).

(2) Const. *Imp. maiest.* §. 5. Cf. Const. *Tanta circa* §. 11. I compilatori dovean prendere dalle Ist. antegiustinianee tuttociò, ch'era utile ed acconcio: ' quidquid ex his utile et aptissimum et undique sit elimatum et rebus, quae in praesenti aevo in usu vertuntur, consentaneum invenitur '.

(3) Const. *Imp. maiest.* §. 6. Cf. Const. *Omnem reip.* §. 2. Qui si dice, che le Ist. giustinianee furono ' *ex omni* paene *veterum Institutionum corpore* elimatae et ab omnibus turbidis fontibus in unum liquidum stagnum conrivatae '.

(4) Inst. I, 1, 2. Anche ammettendo, che il §. 2 derivi da un libro d'*Istituzioni pregiustinianee*, la conseguenza è questa : se la Commissione compilatrice non escogitò essa stessa il metodo d'esposizione, ad ogni modo ebbe ad adottarlo.

Dalle nostre indagini risultò, poi, che la divisione di lavoro tra i compilatori ebbe ad essere *per libri*, non già *per materia* (1). Risultò altresì, che non si può, con sicurezza, determinare quali libri abbia compilati Teofilo, quali Doroteo (2) ; nè resistono ad una critica spregiudicata le ipotesi, che sono state messe innanzi per attribuire più all' uno che all' altro la compilazione del titolo 18 del lib. IV (3).

Infine non nascondemmo punto, che i commissari giustinianei, durante un precipitoso compilare, incorsero in isviste, commisero errori. E lo deplorammo. Forse tutto ciò non sarebbe avvenuto se la compilazione avesse avuto un' oculata revisione ; ma Triboniano, se pure, ha riveduto in fretta e furia quel che i collaboratori suoi avevan compilato (4).

Frutto immediato della novella « *Palingenesia* » delle Istituzioni di Giustiniano è una nuova loro edizione, accompagnata dalle fonti di ciascun libro, di ciascun titolo, di ciascun paragrafo ; fonti, che, mercè segni speciali, noi distinguiamo in *certe* e *controllabili*, *incerte* ed *incontrollabili*, *classiche*, *semiclassiche*, *bizantine*. In testa d' ogni titolo curiamo pur d' indicare qual parte di materiali (*pars Gaiana*, *pars Marcianea*, *pars Ulpianea*, *pars Florentiniana*, *pars ex Digestis*, *pars Justinianea*) concorse alla formazione sua.

Questa nuova edizione è, oggimai, un fatto compiuto (5). Paolo Federico Girard, il romanista eminente, che oggi tutti onoriamo, ne accolse lietamente l' annunzio, esprimendo insieme il gentil voto di poterne tener conto nella diffusa e

---

(1) V. *Paling.* Vol. II. Parte IV, Cap. III, p. 530 ss.

(2) V. *Paling.* Vol. II. Parte IV, p. 531. Cfr. Cap. II : *Critica delle congetture intorno alla composizione delle Istituzioni giustinianee*, p. 514 ss.

(3) V. *Paling.* Vol. II. Parte IV, p. 537 ss.

(4) V. *Paling.* Vol. II. Parte IV, p. 534 ss. Alla compilazione delle Istituzioni di Giustiniano fa un superficiale accenno Holmes, *The age of Justinian and Theodora*. Vol. II (London, 1907), chap. XV, p. 723-724. Egli ignora ogni recente indagine.

(5) Iustiniani Institutiones. — *Singulorum librorum fontes ex nova eorum Palingenesia nunc primum adiecit* Antonius Zocco-Rosa. [in corso di pubblicazione].

pregiata Raccolta sua [*Textes de Droit Romain*] (1). Ringraziamo il nostro illustre festeggiato e nella fausta ricorrenza, in cui il mondo romanistico meritamente l' onora, noi gli mandiamo un saluto cordiale anche a nome dell' Istituto di Storia del Diritto Romano.

A. Zocco-Rosa,

Professore ord. nella R. Università di Catania,
Pres. dell' Istituto di Storia del Diritto Romano.

(1) Di questa Raccolta è, ora, venuta alla luce una quarta edizione riveduta ed ampliata. Cominciatasi a divulgare in Settembre 1912, essa porta la data del 1913. L' A. (p. 633) conosce e ricorda la novella *Palingenesia* delle Istituzioni di Giustiniano.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES [1]

Abigeus, 460.

Abréviations, II, 35 sqq.

Abus du droit, 84 sqq.

Accessio personae, 353 sqq ; — et mandat, 357.

Accession, 28.

Acquisition des fruits, v. Fruits.

Actes *per aes et libram*, 519 sqq ; II, 324 sqq.

Action *auctoritatis*, 226 ; — *confessoria*, II, 511 sqq ; — *de damno iniuria dato*, v. Action *legis Aquiliae* ; — *de eo quod certo loco*, II, 152 sqq ; 160-161 ; 366 sqq ; — *depositi*, 63 sqq ; II, 166 ; — *doli*, 305 sqq ; II, 164 ; — *empti*, 223 sqq ; 232 ; 301 ; — *ad exhibendum*, 29 sqq ; II, 164 ; 168 ; — *Fabiana*, 310 ; — *furti*, 29 ; 65 ; 231 ; 232 ; — *hypothecaria*, 420 sqq ; v. *hypotheca* ; — *iniuriarum*, 35 sqq ; 41 sqq ; 566 sqq ; II, 567 ; 570 ; 592 ; 593 ; — *legis Aquiliae*, 565 sqq ; II, 511 sqq ; 545 ; 551 sqq ; — *legis Plaetoriae*, 265 sqq ; 305 sqq ; II, 568 ; — *locati*, II, 107 ; 112 ; — *negativa*, *negatoria*, II, 320 sqq ; — en pétition d'hérédité, II, 163 ; — *praescriptis verbis*, 151 sqq ; II, 529 sqq ; — *prohibitoria*, II, 522 sqq ; 564 sqq ; — *publiciana*, II, 163 ; 541 ; — *quasi serviana*, II, 163 ; 578 ; — *quod metus causa*, II, 151 ; 165 ; 570 ; — en revendication, 30 sqq ; 524 sqq ; II, 163 ; 309 sqq ; — en revendication d'usufruit ou de servitude, II, 511 sqq ; — *serviana*, II, 163 ; 564 ; 578 ; — *ex sponsu*, 238 sqq ; — subsidiaire, 143 sqq ; — *utilis ex interdicto*, 149 ; — *venditi*, 301 ; 306 sqq.

Actions arbitraires, II, 151 sqq ; 563 sqq ; — au double *adversus infitiantem*, II, 512 sqq ; 555 sqq ; — *bonae fidei*, II, 86 ; 89 sqq ; 101 sqq ; 153 ; 158 ; 159 ; 165 sqq ; — *de incerta quantitate*, II, 85 sqq ; — *in bonum et aequum conceptae*, 48 ; II, 153 ; — *in factum*, 35 ; 37 ; 47 ; 50 ; 58 sqq ; II, 640 ; — *in factum* (subsidiaires), 143 sqq ; 148 sqq ; — *in ius*, 35 ; 47 ; II, 640 ; — *in rem*, II, 578 sqq ; — *in rem legitimae*, II, 309 sqq ; — *in rem per sponsionem*, II, 309 sqq ; 550 ; — *interrogatoriae*, II, 556 ; 562 ; — noxales, II, 567 ; — pénales, II, 180 ; 200 ; — utiles, 150 sqq.

Actions de la loi, v. *Legis actio*.

Actus, II, 587 ; 595.

Adiectus solutionis gratia, 353.

Adiudicatio, 35 ; 38 sqq.

Adultère, *adulterium*, 322 ; 325 ; II, 118 sqq ; 119.

Adscriptio testium, 12 sqq.

Aequitas, 81.

Affranchissement, 111 sqq ; 116 ; 308 ; 310 sqq ; 364 ; 405.

Agatur (sens du mot —), II, 635 sqq.

Agnoscere partum, 334 sqq.

Alciat, 577 sqq.

Alfenus Varus, 559 sqq.

Alienatio iudicii mutandi causa facta, II, 228-229 ; 230.

Aliénation (d'esclaves) II, 421 ; 426 sqq ; 442.

Aliments, obligation alimentaire, 91 ; 342 sqq.

Allegatio gestis, 499 sqq ; II, 237-238 ; 244.

Allemagne (Enseignement du droit romain en —), II, 601 sqq.

Anefangsklage, II, 185 ; 198.

Anneau, 161.

Anselme, archevêque de Milan, 494.

(1) Les chiffres renvoient aux pages des *Mélanges P. F. Girard*. Ceux qui se réfèrent aux pages du premier volume ne portent aucune indication de tomaison. Ceux qui se réfèrent aux pages du deuxième volume sont précédés du chiffre II.

Anselmo dedicata (Collectio), 475 sqq.
Anspert, archevêque de Milan, 494.
Ἀντωμοσία, II, 185.
Apennis, 500.
Arbitrium iudicis, II, 151 sqq.
Argentarius, II, 91 sqq.
Arrae, arrhes, 222 sqq ; — *confirmatoriae*, 254 sqq ; — *poenitentiales*, 222 sqq ; *sponsaliciae*, 243 sqq.
Associations, II, 469 sqq ; — illicites, 487 sqq ; 499 sqq.
Atimie, II, 199.
Atton, évêque de Verceil, 478.
Auctio, 636 sqq.
Auctoritas, 281.
Avortement, 352.
Bannissement, II, 196 sqq.
Baron (Eguinaire), 581 sqq.
Bartole, 4 ; 17 sqq.
Basiliques, II, 256-257 ; Scolies des —, II, 106 ; 262.
Bauduin (Fr.), 580 ; 583 ; 587 ; 588 sqq.
Benignitas, 83.
Biens vacants, 126 sqq.
Bona fides, 105. V. actions de bonne foi.
Bonorum emptor, 637 sqq.
Bonorum possessio ; — *possessor*, 331 sqq ; II, 63 sqq.
Bourges (Université de —), 580 sqq.
Budé (G.), 579.
Byzance, 432.
Cadeaux de fiançailles, 213 sqq.
Calpurnius Siculus, 125.
Canons de Conciles, 485 sqq.
Capere, 271 sqq.
Capitis deminutio, 353 sqq.
Causa rei, 526.
Cautio, cavere, 160 ; 173 ; 180 ; — *Muciana*, II, 1 sqq ; — *rem pupilli salvam fore*, v. *Satisdatio*.
Caution, cautionnement, 155 sqq.
Celse (P. Juventius Celsus), 2 sqq.
Centumvirs, II, 312 ; 316.
Certioratio, II, 209 ; 216.
Chrétiens (Condition des —), II, 469 sqq ; (Poursuites contre les —), II, 482-483 ; 502 sqq.
Christianisme (Influence du —), 67 sqq ; II, 466-467.
Circumscribere, circumscriptio, 270 sqq ; — *adulescentium*, 266 sqq.
Circumvenire, circumventio, 270 sqq.
Cisner (Nicolas), 617 ; 618.
Clause estimatoire, 46 sqq.
Clausula arbitraria, v. Actions arbitraires.
Code civil allemand, II, 604 sqq.
Cognitor, 295.
Collection *Anselmo dedicata*, 475 sqq ; — *Dionysio-Hadriana*, 486 sqq ; — de Novare, 486 sqq.
Collegia tenuiorum, II, 470 sqq.
Collegia magistratuum, collégialité, II, 355 sqq.
Collocare, II, 48 sqq ; 297 sqq.
Colonat partiaire, II, 105.
Commerce, 93 ; 106.
Communautés chrétiennes, organisation juridique, II, 469 sqq.
Communautés d'habitants, 468 sqq.
Communio, 92 ; II, 355 sqq ; 524.
Compensatio, II, 90 sqq ; — *culpae*, 567 sqq.
Conciles (Canons de —), 485 sqq.
Concubinat, 74 ; II, 118 ; 127 ; 137.
Condemnatio, 35 sqq ; 46 sqq ; II, 155 sqq.
Condictio, 389 sqq ; II, 186 ; — *certi*, II, 89 ; — *furtiva*, 30 sqq ; — *generalis*, 149 ; — *incerti*, 400 ; II, 86 ; — *indebiti*, 205 sqq ; 389 sqq ; — *liberationis*, 400 sqq.
Condition, 204 sqq. ; — potestative négative (dans les legs), II, 1 sqq.
Conductio, II, 105 sqq.
Confessio, II, 549 sqq ; 558 sqq ; — *in iure*, 506 ; II, 514 ; 524.
Confessor, II, 512 sqq.
Confessoria (Actio), confessorius, II, 511 sqq ; 548 sqq.
Consecratio bonorum, II, 192 ; 196 ; — *capitis*, II, 190 sqq.
Consentement du père de famille au mariage, II, 291 sqq.
Consomption de l'action, II, 623 ; 628 sqq ; — par l'effet de la *praescriptio pro reo*, II, 620 sqq.
Consortium, II, 355 sqq.
Constitut possessoire, II, 419 ; 441.
Constitution de dot, 289.
Contrats synallagmatiques, 222 sqq.
Contubernium, II, 134.
Copropriété, 92 ; II, 355 sqq ; 486 ; 524.
Corporations, II, 469 sqq.
Correctores de Gratien, 478.
Coutumes (Preuve des —), 465 sqq.
Cujas, 580 ; 590 sqq.
Culpa, 567 sqq.

Custodes ventris, 337 sqq.
Damnum iniuria datum, 565 sqq; v. Action *legis Aquiliae*.
Dardanarii, 94.
Dare verba, 168.
Date des églogues de Calpurnius Siculus, 123 sqq; 125.
Debitum, 199.
Decem faciunt populum, 457.
Déconfiture, 623 sqq; II, 60.
Décrétales (Fausses —), 485.
Deductio servitutis, 185 sqq; 194.
Defensor civitatis, 501 sqq.
Délégation, 283 sqq; 389 sqq; 397 sqq.
Demonstratio, 35; 38 sqq; 42 sqq.; 60; 61 sqq; II, 630; 632-633; 639-640.
Dépenses nécessaires (possesseur de mauvaise foi), 99.
Deportatio, 363 sqq, II, 138-139.
Dépôt (Restitution d'un —), 104.
Δίκη αἰκείας, 53; 568.
Distractio bonorum, 202 sqq.
Division des Institutes de Justinien, II, 654 sqq.
Divorce, 74; 115-116; 119 sqq; 322, 2.
Διωμοσία, 185.
Dol, 274 sqq; 280 sqq. V. Action *doli*.
Domitius Labeo, 1 sqq.
Donation, 389 sqq; II, 237 sqq; 415 sqq; — à des *personae exceptae*, II, 447 sqq; — *adfinitatis contrahendae causa*, 246 sqq; — d'un père à son fils, II, 425-426; 439; 441; 448 sqq; 462 sqq; — du surplus du prix, II, 209 sqq; 216 sqq; — entre époux, II, 45; 455; — *imperfecta*, 394 sqq; 417 sqq; — *inter sponsum et sponsam*, 245; — *simplex*, 245 sqq.
Doneau (Hugues), 591 sqq.
Dot, II, 43 sqq; 296 sqq; — profectice, 91; restitution de la —, 541 sqq; sûretés attachées à la —, II, 50 sqq. V. Constitution.
Dotare, II, 297.
Douaren (Le), *Duarenus*, 573 sqq.
Droit romain (Enseignement du —), II, 601 sqq.
Duel judiciaire, II, 179; 184; 313; 315.
Ea res agatur, II, 615 sqq; 624 sqq; 634 sqq.
Ecloga, II, 242-243.
Ecloga ad Prochiron mutata, II, 277-278.
Ecloga Novellarum Leonis Pii, II, 258.
Ecloga privata aucta, II, 277.
Ecriture (Importance de l'— dans la vie juridique grecque), 435 sqq.
Ecrivain d'un testament, 6 sqq.
Edit *de abigeis*, 460.
Edit. *edictum Carbonianum*, 333; II, 591; — *de agnoscendis liberis*, 348 sqq; — *de iniuriis*, 55; — *de turba*, 458.
Edit de Milan, II, 496.
Edit du maximum, 94.
Election des évêques, 462.
Ἐμβατευτικὸν, II, 529; 536 sqq.
Empêchements au mariage, 74; 111.
Emptor familiae, v. *Familiae emptor*.
Emphytéose, II, 529; 536 sqq.
Ἐνεχυρασία, II, 538.
Enquête par turbes, 464.
Enrichissement injuste, 96 sqq.
Enseignement du droit romain, II, 601 sqq.
Epanagoge aucta, II, 273.
Epitome de Julien, 475; 489.
Epitome legum, II, 260.
Esclavage, esclave, 111 sqq; II, 14 sqq; 142; Délit de l'esclave, 309-310; Esclave *adiectus solutionis gratia*, 373.
Ethique chrétienne, 67 sqq.
Eustathe Romain, II, 269.
Exceptio annalis, 46; — *iurisiurandi*, 296; — *legis Cinciae*, 389 sqq; — *legis Plaetoriae*, 265 sqq; 282 sqq; — *si non onerandae libertatis causa promissum est*, 405 sqq.
Exceptions, II, 615 sqq; *in factum*, 149.
Exemplum (critérium d'interpolation), II, 583.
Exhérédation, 329.
Exil, 362 sqq.
Exposition des enfants, 115; 323; 327; 351.
Exsecratio, II, 191 sqq; 196.
Faillite, 623 sqq; II, 60.
Familiae emptor, 16.
Famille légale à Rome, 315 sqq.
Fausses décrétales, 485.
Fiançailles, 235 sqq.
Fidéicommis, II, 145 sqq.
Fiducie, 421 sqq; II, 47 sqq; 50 sqq; 494 sqq; 578.
Filiation légitime, 315 sqq.
Fils de famille *adiectus solutionis gratia*, 370; 383 sqq.
Formule (Rédaction de la —), II, 615 sqq; 629 sqq. Formules sans *intentio*, 35 sqq.

Fortassis (critérium d'interpolation), II, 146 ; 233.

Fraus creditorum, II, 60.

Friedlosigkeit, II, 190 sqq.

Fruits (Acquisition des —), 101 sqq ; 323 sqq ; — civils, 527.

Frustra, 423 sqq.

Furtum, 179 ; 225 ; 569-571 ; II, 545.

Gage, 135 sqq ; 207 sqq ; 219 sqq ; 419 sqq ; II, 47 sqq.

Gaius, 429 ; 432 ; 435.

Gens, 316 sqq.

Grundschuld, 221.

Gült, 221.

Haftung, 199.

Harménopule, II, 280 sqq.

Hereditas, II, 63 sqq.

Hetaeriae, II, 471.

Histoire du droit romain, enseignement, II, 605 sqq.

Hitzig (H. F.), 549 sqq.

Homo liber bona fide serviens, 531 sqq.

Homo sacer, v. *Sacratio*.

Hotman (F.), 580 ; 588 sqq ; 615.

Humanitas, 83.

Hypothèque, *hypotheca*, 419 sqq ; II, 47 sqq ; 537 ; 544.

Impenses nécessaires, 99.

Incerta quantitas, *incertum*, II, 85 sqq.

Incestum, II, 119 sqq ; 123 sqq.

Infanticide, 326.

In iure cessio, 520 sqq.

Iniuria, 55 ; 179 ; 566 sqq. V. Action *iniuriarum*.

Insinuation, 499 sqq ; II, 237 sqq ; 459.

Institutes (Cours d'—; Manuels d'—), II, 603 sqq.

Institutes de Gaius, II, 630 sqq ; v. Gaius ; — de Justinien, sources, II, 645 sqq.

Intentio, 35 sqq ; II, 88 ; 135 sqq ; 630 ; 639 ; — *in ius*, *in factum*, v. Action *in ius*, *in factum*.

Intercessio des magistrats, II, 356 sqq ; 370 sqq ; — *mulieris*, 284 sqq.

Interdiction *aqua et igni*, 362 sqq.

Interdit, *interdictum de itinere*, II, 594 ; 596 ; — *de uxore ducenda*, 238 ; — *fraudatorium*, II, 60 ; 592 ; — *quorum bonorum*, 641 ; II, 73 ; — *quorum legatorum*, II, 63 sqq ; — *Salvianum*, II, 71 ; — *unde vi*, II, 82 ; — *uti possidetis*, II, 82 ; — *utrubi*, II, 71.

Interdits sanctionnant les servitudes prétoriennes, II, 387 sqq.

Intérêts, 546.

Interpolations des Inst. de Justinien, II, 647 ; 648.

Interprétation des lois prescrivant des formalités pour la validité des actes, 20 ; — des *verba stipulationis*, 367 sqq.

Interrogatio in iure, II, 556.

Invitus, II, 362 sqq.

Iter, II, 587 sqq ; 593 ; 596.

Jean XII, pape, 478.

Judicatum facere, 507 ; 509.

Judicium, II, 638 ; — *Cascellianum*, II, 562 ; — *fructuarium*, II, 562 ; — *secutorium*, II, 562.

Jugement de Dieu, II, 179 ; 184 ; 315.

Jus in agro vectigali, II, 521 ; 536.

Jusjurandum in jure delatum, II, 185 ; — *liberti*, 210.

Justae nuptiae, 321 sqq.

Juste prix, II, 206.

Jus tollendi, 100 sqq.

Labeo (M. Antistius), 5.

Labeo (Domitius), v. Domitius.

Latro, 104 sqq.

Leconte (*Contius*), 589 ; 590 sqq.

Le Douaren, *Duarenus*, 573 sqq.

Leges sacratae, II, 192.

Legis actio, 41 ; v. *Condictio*, *Manus iniectio*, *Pignoris capio*, *Sacramentum*.

Légitime (filiation —), légitimité, 315 sqq ; 323 sqq ; 333 sqq.

Legs, 527 sqq ; II, 1 sqq ; 331 sqq ; 491 ; — d'obligation, II, 531 sqq ; — partiaire, 331-332 ; — *per damnationem*, II, 4 sqq ; 328 ; 333 sqq ; — *per vindicationem*, II, 4 sqq ; 333 sqq.

Léon VI le Sage, II, 237 sqq ; 250-251 ; 255-256.

Lésion, 166 sqq ; 167 ; 265 sqq ; 296-298 ; II, 201 sqq.

Lex romana canonice compta, 489.

Liberum tollere, *suscipere*, 326 ; 333 ; — *negare*, *repudiare*, 327, 333.

Litis contestatio, II, 627 sqq ; 636.

Locatio conductio, II, 105 sqq.

Loi Aquilia, II, 511 sqq ; — Cincia, 389 sqq ; 447 sqq ; 455 ; — Crepereia, II, 316-317 ; — Julia *de adulteriis*, II, 119 sqq ; — Julia *de maritandis ordinibus*, 126 sqq ; II, 2 ; 4 sqq ; 9 sqq ; 60 ; 292 sqq ; — Papia Poppaea, II, 2 sqq ; 292 sqq ; — Pinaria, II, 316 ; — Plaetoria, 266 sqq ; — Poetelia, II, 320 sqq ; — Valeria, II, 43 ; — Voconia, II, 53.

Longa possessio (constitution des servitudes), II, 407 sqq.

Louage, II, 105 sqq.

Lustratio, 317 sqq; 327.

Magister creditorum, 630 sqq.

Majorité, 316 sqq.

Mala fides, 99 sqq.

Mancipation, II, 426 sqq; 441; 451 sqq; 464 sqq.

Mancipium, 510 sqq; 519; II, 323; 325; 327.

Mandat *ad litem*, II, 535; — et *accessio personae*, 357 sqq.

Manumissio, 111 sqq.

Manus, 321 sqq.

Manus iniectio, 154; 506 sqq.

Marcien, 428.

Mariage, II, 119 sqq; 291 sqq; — *cum manu* et *sine manu*, 321 sqq; — des militaires, II, 134 sqq.

Mauvaise foi, v. *Mala fides*.

Merces, II, 105 sqq.

Méthode (des compilateurs des Institutes), II, 654 sqq.

Meurtre d'un esclave, II, 14 sqq.

Michael Attalensis, Michel Attaliate, II, 275-277.

Mineur de 25 ans, 266 sqq; — *restitutio in integrum* du —, 102 sqq; II, 579.

Minorité, 316 sqq.

Missio in bona, 623 sqq.

Modus (legs), II, 19.

Monographies sur la *formula hypothecaria*, 428 sqq.

Morale chrétienne, 67 sqq.

Movere (*actionem*) (critérium d'interpolation), II, 590.

Muciana cautio, II, 1 sqq.

Mucius Scaevola (Q.), II, 4.

Mutatio causae, 364; — *dotis*, II, 44 sqq; — *status*, 362 sqq.

Mutuum, II, 319-320; 323 sqq.

Necesse habere (critérium d'interpolation), II, 553.

Nec suum, neque suum, 512; 514.

Negotiorum gestor, II, 585; 586.

Nemesianus, 125-126.

Nemini invito heres suus adgnascitur, II, 303.

Nexum, 179; 211 sqq; 505; 510-522; II, 319 sqq.

Nexum aes, 512.

Notae iuris, II, 35 sqq.

Notes tironiennes, II,36.

Novelles de Léon VI le Sage, II, 254 sqq.

Noxae deditio, II, 322-323.

Nue-propriété, v. Usufruit; Legs de —, II, 331 sqq.

Obligatio, 199; II, 327; — *personae*, 202; — *rei*, 202; — *re*, 167 sqq.

Operae, II, 326.

Operis novi nuntiatio, II, 533 sqq.

Ordalies, II, 179; 184; 315.

Otages, 158; 161; 208; 214 sqq.

Pactum, 178 sqq; *pacta*, 168; pactes et stipulations (servitudes), 186, 193 sqq; II, 389 sqq.

Paiement, 310 sqq.

Palingénésie (des Institutes de Justinien), II, 645 sqq.

Pandectes (Cours de —; Traités de —), II, 602 sqq; 610.

Παραγραφή, II, 642.

Parenté, II, 123 sqq.

Pari, 162 sqq; II, 177.

Pater is est, quem nuptiae demonstrant, 334.

Paternité légitime, 315 sqq.

Patientia (Constitution des servitudes), 185; 194; II, 394 sqq.

Patria potestas, 74, 114 sqq; 318 sqq; II, 291 sqq.

Paul (Julius Paulus), 428-430.

Peculium castrense, II, 591; — *quasi castrense*, II, 535.

Πεῖρα, II, 268 sqq.

Persécutions contre les chrétiens, II, 485 sqq.

Personnalité juridique, II, 469 sqq.

Pétition d'hérédité, II, 73.

Pignore certare, 163.

Pignoris capio, 161 sqq; 176; 182-183.

Pignosa, 174.

Pignus, 160 sqq; 178 sqq; 419 sqq.

Plaute comme source du droit romain, 223.

Plumbatura, 28.

Plus petitio, 61; II, 92; 94 sqq.

Poena temere litigantis, II, 176; 186; 198.

Politio, II, 110.

Politique commerciale du christianisme, 93 sqq; 106 sqq.

Populus, 457 sqq; 467 sqq.

Possession, II, 441 sqq ; — intérimaire, II, 312 sqq ; — et usufruit, II, 581.
Possesseur de bonne foi, 523 sqq ; — de mauvaise foi, 99 sqq.
Posthumes, 329.
Potentes, potentiores, 95 ; 107 ; II, 202 ; 204 ; 225 sqq ; 251.
Practica ex actis Eustathii Romani, II, 268 sqq.
Praeire (sacramento, iure iurando), II, 183.
Praeiudicium, 35 ; 38 ; II, 615 sqq ; — *de libero agnoscendo*, 343 sqq.
Praes, 155 ; 158 ; 162 ; 209 ; 216.
Praescriptio pro actore, II, 621 ; 624 ; 626 ; 627 ; — *pro reo*, II, 615 sqq ; — dans les compilations de Justinien, II, 616-617 ; — *quinque annorum*, II, 140.
Principe de simplicité des anciens actes juridiques, 155 sqq.
Privilegium exigendi, II, 47 ; 59 sqq.
Prix (obtenu à une exposition), 524 ; 547.
Probus (Valerius), II, 35 sqq.
Procès entre villes grecques, 51 sqq.
Prochiron legum, II, 273 sqq.
Prochirum auctum, II, 278 sqq.
Proculiens, 27 ; 136.
Procurator, 295 ; 301 ; II, 535 ; — *absentis*, II, 91 sqq ; 98.
Produits (opposés aux fruits), 523 sqq ; — directs et indirects, 525.
Prohibere, prohibendi ius, II, 367 sqq ; *prohibitoria formula*, II, 522 sqq.
Promittere, 181.
Pronuntiatio, 549 sqq.
Προωμοσία, II, 187.
Propriétaires (grands —), II, 226 sqq.
Propriété corporative, II, 473 ; 475 ; 486.
Proscriptio, 624 sqq.
Prosecutor, 501.
Provocare (sacramento, sponsione), II, 183.
Πρυτανεῖα, II, 176.
Publicité des donations, v. Insinuation.
Qua de agitur ; qua de re agitur, II, 641.
Quaestio de adulteriis, II, 140 ; 142.
Quaestio Domitiana, 1 sqq.
Quasi (critérium d'interpolation), II, 532 sqq.
Reciperare, 542.
Reconnaissance d'enfant, 337 sqq.
Régime fiscal à Rome, 125 sqq.
Renonciation (à la rescision pour lésion), II, 208 sqq ; 213 sqq.
Rentenschuld, 221.
Répudiation, 322.
Rescision (de la vente pour lésion), II, 201 sqq.
Res cottidianae (de Gaius), II, 540 ; 650 sqq.
Res nullius, 131 sqq ; 136 sqq.
Responsa originaux, 562 sqq.
Responsum Celsinum, 1 sqq.
Restitutio in integrum ob aetatem, 102 sqq ; 267 sqq ; II, 579 ; — *ob fraudem*, II, 60.
Revendication, *rei vindicatio*, v. Action en revendication.
Révocation de fidéicommis, II, 144 sqq.
Rogatio ad scribendum, 6 sqq.
Rutilius (P.), 639.
Sabiniens, 27.
Sacramentum, 163 sqq ; II, 171 sqq ; 311 sqq.
Sacratio, II, 179 sqq ; 186 sqq ; 191 sqq.
Satisdatio, 160 ; 171 sqq ; 180 ; — *rem pupilli salvam fore*, 143 sqq ; 172.
Satisfacere, 171 sqq ; 177 ; 180.
Schuld, 199 sqq.
Scribes, II, 37 sqq.
Secondes noces, 74 ; 111.
Scholies des Basiliques, v. Basiliques.
Sénatus-consulte Libonien, 11 ; 538 ; — Macédonien, 283 ; — Plancien, 336 sqq ; — Velléien, 283.
Serment, II, 180 sqq ; 188 sqq ; 209 sqq ; 214 sqq ; — militaire, 179 ; 181 ; 189 ; — *per lovem lapidem*, 191 ; — promissoire, 211 sqq.
Servitude d'aqueduc, 95 ; — de passage, v. *Actus ; iter*.
Servitudes, 185 sqq ; II, 511 ; 519 sqq ; — prétoriennes, II, 387 sqq ; 521 sqq ; 542.
Simplicité des anciens actes juridiques, 155 sqq.
Société, II, 335 sqq.
Solacium (critérium d'interpolation), 233.
Solutio per aes et libram, II, 327-328.
Sources des Institutes de Justinien, II, 540 ; 645 sqq.
Sources du droit romain, II, 607-608.
Soustraction (et *furtum*), 571.
Spécification, 27 sqq.

Spousalia, 235 sqq.
Sponsio (et *restipulatio*) *tertiae partis*, II, 186.
Sponsione certare, 163 sqq ; II, 311 sqq.
Sponsor, 209 ; 216.
Stips, 181.
Stipulation, 216 sqq. V. Interprétation ; — *mihi aut Titio*, 354 sqq.
Stoïcisme, 70.
Stuprum, II, 120.
Stylien, II, 255-256.
Subscriptio testium, 12 sqq.
Subsidiaire (Caractère — de l'action *doli*), 306.
Subsidium, *subsidiaria* (*actio*), 146 sqq.
Succession ab intestat, 328 sqq.
Successions, 527 sqq.
Superficies, 387 sqq. ; II, 527 ; 531 sqq.
Superscriptio testium, 12 sqq.
Supplicium, II, 192.
Supposition de part, 322 ; 325 ; 337 sqq.
Suppression de part, 341 sqq.
Sûretés personnelles, 169 sqq ; — réelles, 169 sqq.
Synopsis maior, II, 264 sqq.
Synopsis minor, II, 274-275.
Tabellae spousalium, 242.
Taberna, *tabernarius*, 561.
Taxatio, 46.
Témoins du testament, 6 sqq.
Tentative de suicide, 115.
Terme, 204 sqq.
Testament, *testamentum*, 6 sqq ; 329 sqq ; 537 sqq ; II, 1 sqq ; 145 sqq ; 331 sqq ; — *iniustum*, II, 145.
Textura, 27 sqq.
Thesaurus, v. Trésor.
Titres de propriété, II, 417 sqq.
Torture, II, 142.
Traditio cartae, II, 439 sqq ; — *symbolica*, II, 415 sqq.
Tradition des servitudes, 185 sqq ; II, 394 sqq.
Transfert de possession, II, 415 sqq.
Translatio servitutis, 185 sqq ; 194 sqq.
Trésor, 123 sqq.
Trigiuta dies iusti, 506 sqq.
Trusts, II, 473 ; 494 ; 495.
Turba, 458.
Turbes, 465 sqq.
Tutelle, 143 sqq ; II, 370 sqq.
Université de Bourges, 580 sqq.
Universités allemandes, II, 601 sqq.
Universités d'habitants, 468 sqq.
Usucapio pro herede, II, 65.
Usufruit, 188 ; 191 ; 374 ; 377 ; 528 sqq ; II, 27 sqq ; 331 sqq ; 389 sqq ; 511 ; 518 sqq.
Usurae, 546.
Usus, 88 sqq ; — constitutif de servitude, 187 sqq ; II, 407 sqq.
Vadimonium, 218.
Valerius Probus, II, 35 sqq.
Vas, 158, 216.
Vel (Sens de —), 39.
Vendere, II, 52.
Venditio bonorum, 202 sqq ; 623 sqq ; II, 45 sqq.
Vente, 536 ; II, 201 sqq ; — à réméré, II, 50 sqq ; — aux enchères, 636 sqq ; — *cum* ou *sine scriptura*, 258 ; — dans Plaute, 223 ; — des enfants, 115 ; — immobilière, II, 203 ; — Lésion dans la —, II, 201 sqq ; — Obligation de *rem praestare* dans la —, II, 397.
Veuve, II, 4 sqq ; 9 sqq.
Vindex, 155 ; 158 ; 508.
Vis maior, II, 232.
Voisinage (Rapports de —), 87 sqq.
Vol, v. Action *furti*, *furtum*, *latro*, soustraction.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES TEXTES

Aeschines
contra Tim.
21 — II, 199

Ambrosius
Abrah.
2, 11, 80 — II, 561
de off.
1, 28, 130 — 77
1, 28, 131 — 77
1, 28, 132 — 77
1, 28, 133 — 77
1, 28, 134 — 77
1, 28, 135 — 76
1, 28, 136 — 77
1, 28, 137 — 77
3, 3, 15 — 99
3, 3, 67 — 94; 106

Anecdota graeca (éd. Bekker)
249, 18 — II, 537
432, 12 — II, 55

Apologia Leonis phil. (éd. Migne, P. G., CVII)
662 — II, 251

Appianus
de bell. civ.
1, 12 — II, 356
3, 50 — II, 356

Apuleius
apol.
47 — 459
89 — 351
de deo Socr.
5 — II, 191
met.
10 — 326

Apuleius (Pseudo-)
Asclepius (Ἑρμοῦ τρισμεγίστου βίβλος) — II, 554

Aristoteles
polit.
2, 3, 6 — 326
4, 14 — 326

Arnobius
adv. gentes
4, 20 — 242

Asconius (Pseudo-)
in Cic., Verr.
II, 1, 9, 26 — II, 176
II, 1, 54, 142 — 173

Augustinus
de civ. dei
14, 18 — 322
16, 34 — 111
de haeres.
26 — 111
serm.
14, 2, 2 — II, 561
23, 9 — 228; 229
107, 15 — 228; 229
378 — 228; 229

Avellana collectio
éd. Günther, Corp. Vind., XXXV
p. 514, 12 — II, 561

Basilica
2, 1, 41 — II, 271
3, 12, 6 — II, 267
5, 1, 8 — II, 246; 270
10, 3, 18 — II, 565
11, 1, 5 sch.
un. — 196
11, 1, 7 sch.
1 — II, 529
11, 1, 69 sch.
1 — II, 108
13, 2, 1 sch.
13 — II, 107
15, 1, 5, 1 — II, 579
19, 2, 2 sch.
1 — II, 106
20, 1, 25 sch.
6 — II, 108
20, 1, 70 — II, 109
20, 1, 83 — II, 109
20, 4 — 152
20, 4, 1 — 153
20, 4, 21 — 153
21, 9, 17 — II, 256
23, 1, 1 sch.
1 — 152
24, 9, 8 — II, 529
25, 1, 18 pr — 442
25, 1, 41 sch.
1 — 433

Basilica
25, 2, 11, 1 — 442
25, 2, 13, 2 — 442
28, 15, 1 — II, 283
29, 4, 1 — II, 266
38, 9, 13, 4-5 sch. 6, 7, 9 — II, 538
42, 1, 19 sch. 6, 7 — II, 546
43, 5, 5 — II, 283
47, 1 — II, 240
47, 1, 61 (63 — II, 279
47, 1, 63 (66 — II, 241; 270; 272; 276
47, 1, 72 sch. 1 — 152; II, 529
56, 21 — II, 253
60, 3, 27 sch. 65 — 152
60, 16, 6 sch. 3 — II, 528
60, 17, 9 sch. 21 — II, 543
60, 17, 9 sch. 24 — II, 527
60, 21, 16, 6 — II, 568
60, 21, 16, 6 sch. 9 — II, 568
60, 37, 39 sch. 1 — II, 131
60, 37, 39 sch. 2 — II, 131; 133
60, 40, 1 — 240
suppl. Basil. éd. Zachariae 15, 2, 11 sch. 8 — II, 542
15, 2, 11 sch. 10 — 192; II, 529; 541; 542
16, 1, 13 sch. 25 — II, 564
16, 4, 4 sch. 11 — II, 542
16, 4, 7 sch. 18 — II, 546
16, 6, 3 — II, 403
16, 6, 3 sch. 2 — 188; 192; II, 541
16, 6, 5 — II, 527
16, 6, 5 sch. 6 — II, 528; 543

Boutillier
somme rural (éd. Abbeville, 1492) f° 2 — 465; 467

Brachylogus
3, 13, 10 — II, 202

Caesar
bell. gall.
1, 39 — 161
6, 1, 2 — II, 184; 189

Calpurnius Siculus
ecl.
2 — 164

Calpurnius Siculus
4, 117-121 — 125
6 — 164 sqq

Caper (Flavius)
de orthog. (Gramm. lat. VII, 105, 9) — II, 552; 561

Capitolinus (Julius)
Marc.
9 — 351
Maxim.
27, 6, 7 — 247

Carta Harvichi
— 500

Cassiodorus
var.
2, 38 — 317
4, 2 — 317
6, 8 — 127
8, 1, 9 — 317
11, 2, 6 — II, 561

Cato
de re rust.
2 — 174
144 — 170
146 — 169 sqq
149 — 170 sqq
150 — 170 sqq

Cicero
ad Att.
1, 19, 3 — 166
2, 17, 3 — II, 537
5, 1, 2 — 172
6, 1, 15 — 635
11, 9, 3 — 326
pro Balbo
14, 33 — II, 194
Brutus
9, 36 — II, 52
17, 67 — II, 52
82, 285 — II, 52
84, 290 — II, 52
pro Caecina
4, 10 — II, 43
4, 11 — II, 43
5, 15 — II, 48
6, 16 — II, 49
21, 59 — 626
26, 74 — 135
32, 94 — II, 581
33, 97 — II, 178; 315
pro Caelio
32, 78 — 161
pro Cluentio
9, 28 — 243
16, 46 — 274
de domo sua
13, 35 — 324
29, 78 — II, 190; 315
ad famil.
7, 12, 2 — II, 191

Cicero
ad famil.
7, 29, 1 — II, 59
7, 32, 2 — II, 190
13, 56, 2 — 423; 436; II, 537
de finib.
2, 1, 3 — II, 636; 638
pro Flacco
21, 51 — 423; 436
de legibus
2, 8, 17 — 331
2, 9, 22 — II, 189
2, 12, 29 — II, 560
2, 19-21 — 331
3, 3, 6 — II, 356
3, 8, 19 — 325; 326
pro Milone
3, 9 — 570
27, 74 — II, 190
de off.
1, 11, 36 — II, 184; 189
1, 17, 54 — 321
3, 5, 21 — 99
3, 15, 61 — 270; 280
3, 17, 69 — 436
3, 17, 70 — II, 158
3, 31, 111 — 209
de orat.
1, 10, 42 — II, 190; 315
1, 13, 58 — II, 52
1, 22, 101 — 609
2, 23, 94 — II, 52
3, 1, 4 — 161; 166
3, 7, 28 — II, 52
Phil.
1, 2, 4 — 166
1, 5, 12 — 161
2, 16, 40 — 331
13, 3, 6 — 166
13, 9, 19 — 274
14, 3, 7 — 274
14, 12, 32 — 166
pro Quinctio
5, 17 — II, 43
6, 25 — 624; 625
6, 27 — 625
8, 30 — 626
15, 48 — 624
15, 50 — 626; 631; 633; 636
16, 51 — 625
17, 54 — 625
18, 56 — 624
19, 61 — 625
25, 79 — 624
de re publ.
1, 4, 8 — 166
1, 25, 39 — 459
2, 34, 59 — II, 320
pro Rosc. Amer.
8, 21 — II, 50
pro Rosc. com.
12, 33 — II, 50

Cicero
pro Tull.
7 — 626
47 — 570; II, 194; 195
48-50 — 570
in Verr.
II, 1, 45, 115 — II, 313; 316
II, 1, 54, 142 — 638
II, 2, 19, 46 — 637
II, 3, 11, 27 — 182
II, 3, 42, 99 — II, 52
II, 3, 64, 149 — II, 52
II, 3, 65, 152 — II, 516

Codex Gregorianus
3, 5, 1 — 523

Codex Iustinianus
1, 1, 8, 14 — II, 560
1, 1, 8, 16 — II, 560
1, 1, 8, 18 — II, 560
1, 1, 8, 20 — II, 560
1, 1, 8, 22 — II, 560
1, 2, 3, — II, 433
1, 2, 19 — II, 245; 270; 465
1, 2, 23 — II, 465
1, 3, 54 (56), 2 — 252
1, 3, 54 (56), 3 — 252
1, 4, 1 — 93
1, 4, 16 — 247
1, 9, 8 — II, 315
1, 18, 6 — 402; 404
1, 33, 2 — 426
2, 1, 3 — II, 518
2, 3, 8 — II, 101; 111
2, 3, 9 — II, 111
2, 3, 29 — II, 559
2, 4, 6 — 152
2, 4, 6, 1 — II, 529
2, 5, 1 — 402
2, 13, 1 — II, 225, 229
2, 14, 6 — II, 529
2, 18, 24 pr — II, 586
2, 30, 1 — II, 433
2, 44, 1 — II, 433
2, 55, 4, 6 — 421
3, 1, 14 — II, 187
3, 9, 1 — II, 518
3, 10, 3 — II, 559
3, 18, 1 — II, 152
3, 31, 12, 1*a* — II, 579
3, 32, 15, 1 — II, 436
3, 33, 14 pr — II, 332 sqq
3, 33, 14, 1-2 — II, 332 sqq
3, 33, 16, 1 — II, 402
3, 34, 1 — II, 409; 410
3, 34, 2 — II, 407; 410; 583
3, 34, 3 — II, 392
3, 35, 1 — II, 517
3, 35, 4 — II, 512
3, 36, 16 pr — II, 404
4, 1, 2 — II, 189
4, 2, 17 — II, 248
4, 5, 2 — 402; 404

Codex Iustinianus

4, 6, 4 — 402
4, 16, 2 — 422
4, 19, 20 — II, 435
4, 19, 21 — II, 437
4, 21, 12 — II, 438
4, 21, 17 — 254; 259
4, 21, 20 — 461; II, 248
4, 22, 3 — II, 51
4, 24, 7 pr — 422
4, 24, 7, 1 — 422
4, 25, 5 — II, 516
4, 29, 11 — 421
4, 29, 21 — 453
4, 30, 1 — II, 433
4, 30, 3 — 421
4, 31, 4 — II, 99
4, 31, 14 — II, 97; 98; 100
4, 38, 12 — II, 438
4, 39, — 641
4, 39, 7 — II, 434
4, 44, 2 — 106; II, 201; 220
4, 44, 15 — II, 220; 221
4, 46, 1 — 448
4, 51 rubr — 420; 428
4, 54, 1 — 262
4, 65, 8 — II, 109; 111
4, 65, 21 — II, 109; 111
4, 66, 2 — 426
4, 66, 3 — 426
5, 1, 3 — 247
5, 1, 5 — 247; 252
5, 1, 5, 6 — 253
5, 3, 4 — 245
5, 3, 6 — 245
5, 3, 7 — 246
5, 3, 11 — 245
5, 3, 14 — 249
5, 3, 15 pr — 245; 246
5, 3, 15, 1 — 246; 249
5, 3, 16 — 249
5, 4, 4 — II, 127
5, 4, 9 — 327; 351
5, 4, 25 — II, 292; 304
5, 5, 2 — II, 516
5, 8, 1 — 247; 252
5, 9, 2 — II, 10
5, 9, 5, 1 — 249
5, 9, 6, 9 — 453
5, 9, 6, 10 — 453
5, 11, 7, 2 — II, 296
5, 13, 1, 1*b* — II, 57
5, 13, 1, 13 — II, 530
5, 14, 8 — 438
5, 14, 11 pr — 438
5, 16, 25 — II, 279
5, 25, 3 — 346
5, 25, 4 — 346
5, 54, 3 — II, 518
5, 59, 5, 2 — II, 370
5, 62, 3 — II, 433
5, 71, 13 — II, 536
5, 75, 1 — 146
5, 75, 5 — 146; 149
6, 22, 8 — 12

Codex Iustinianus

6, 23, 23 — II, 260
6, 23, 29, 4 — 14
6, 24, 14, 3 — II, 333
6, 30, 17 — 609
6, 31, 4 — II, 559
6, 32, 2 — II, 245
6, 37, 3 — 422
6, 40, 2, — II, 4; 7; 9; 10; 13; 18; 34
6, 40, 2, 2 — II, 7
6, 40, 3 pr — II, 4; 30; 34
6, 40, 3, 1 — II, 4; 7; 34
6, 40, 3, 2 — II, 30
6, 43, 1, 1 — 430
6, 45, 1 — II, 19
6, 53, 4 — II, 332
6, 54, 2 — II, 21
6, 54, 3 — II, 21
6, 61, 4 pr — 453
6, 61, 8, 1 — II, 591
6, 61, 8, 5 — 420
7, 6, c. un., 11 — II, 435
7, 32, 2 — II, 437
7, 33, 12, 4 — II, 407
7, 37, 2 pr — 453
7, 39, 3 pr — 453
7, 39, 7, 1 — 453
7, 39, 7, 4 — 453
7, 39, 7, 4*a* — 453
7, 39, 7 5*a* — 453
7, 48, 1 — II, 535
7, 62, 13 — II, 590
8, 1, 1 — II, 399
8, 1, 3 — II, 399; 583
8, 3, 1 — II, 77
8, 4, 2 — II, 583
8, 4, 4 — II, 583
8, 5, 10, pr — II, 407
8, 9, 1 — II, 583
8, 10, 12 — II, 411
8, 13, 10 — 422
8, 13, 18 — 452
8, 13-34 rubr — 428
8, 16, 2 — II, 433; 434
8, 16, 6 — II, 326
8, 17, 11, 1 — 453
8, 18, 11 — II, 248
8, 19, 1 — 448; II, 432
8, 25, 7 — II, 434
8, 25, 8 — 452
8, 25, 10 — 452
8, 27, 2 — 422
8, 27, 3 — 422
8, 27, 4 — 422
8, 33, 3 — 421
8, 33, 12 — II, 394
8, 34, 2 — 421
8, 38, 2 — 253
8, 40, 5 — 402
8, 40, 21 — 422
8, 41, 3 — II, 433
8, 47, 9 — 327; 334; 344; 347; 348

Codex Iustinianus
8, 53, 1 — II, 415 sqq.
8, 53, 5 — II, 463 sqq.
8, 53, 25 — II, 458
8, 53, 27 — II, 253
8, 53, 28 — II, 288; 440; 465
8, 53, 29 — II, 459
8, 53, 30 — II, 245; 253; 259
8, 53, 31 — II, 279
8, 53, 32 — II, 253
8, 53, 34 pr — II, 465
8, 53, 34, 1 — 394; II, 270; 465
8, 53, 35, 3*a* — II, 465
8, 53, 35, 5 — II, 288
8, 53, 36, 3 — 394; II, 465
8, 54, 3 — II, 529
9, 9, 3 — II, 142
9, 9, 6, 1 — II, 142
9, 9, 7 — 240
9, 9, 8 — II, 141
9, 9, 10 — II, 120
9, 9, 17, 1 — II, 122
9, 9, 18 — II, 120
9, 9, 22 — II, 120; 135
9, 9, 25 — II, 122
9, 9, 27 — II, 140
9, 9, 28 — II, 119
9, 9, 31 — II, 142
9, 9, 35 — II, 142
9, 23, 5 — II, 136
9, 34, 4 — 422
9, 41, 1 pr — II, 142
10, 10, 3 pr — II, 28
10, 31, 45 — 472
12, 61, 1 — II, 515

Codex Theodosianus
Gesta senatus
éd. Mommsen,
p. 3, l. 10-11 — II, 37

2, 11, 10 — II, 515
2, 13, 1 — II, 226; 227
2, 14, 1 — II, 226
2, 28, 1 — II, 226
2, 30, 2 — II, 226
2, 31, 1 — II, 226
2, 32, 1 — II, 226
3, 1, 1 — II, 201
3, 1, 4 — II, 201
3, 1, 7 — II, 201
3, 5, 2 — 245; 246; 249
3, 5, 6 — 247; 249
3, 5, 10 — 247; 249
3, 5, 11 — 247; 251
3, 6, c. un. — 247
3, 10, c. un. — 247; 252
4, 4, 3, 1 — 21
4, 4, 3, 2 — 21
4, 14, 1 — 421; 453; II, 544
4, 18, 1 — 523
8, 8, 10 — II, 226
8, 10, 1 — II, 515
8, 12, 2 — II, 458
8, 12, 3 — II, 253; 458

Codex Theodosianus
8, 12, 4 — II, 422; 448; 452; 458; 460; 464
8, 12, 5 — II, 245; 452; 461
8, 12, 7 — II, 452; 462
8, 12, 8 — 500; II, 245; 253
8, 12, 9 — II, 288
9, 1, 17 — II, 226
9, 10, 4 — II, 559
9, 16, 4 — II, 559; 561
10, 9, 1 — II, 28
10, 15, c. un. — 124
10, 18, 1 — 124; 130
10, 18, 2 — 130
11, 3, 5 — II, 271
11, 8, 3 — II, 253
12, 1, 151 — 501; II, 253
13, 1, 5 — 93
13, 7, 1 — II, 226
13, 7, 2 — II, 226
15, 14, 9 — 421
Codicis Theod. fr. Taurin.
ed. P. Krüger,
pp. 16, 24, 26 — II, 37

Codi lo)
4, 61, 5 — II, 203

Collatio leg. mos. et rom.
2, 4, 1 — II, 512
2, 5, 5 — II, 593
2, 6, 1 — 42; 43; 45
2, 6, 2 — 42; 43; 45; II, 553
2, 6, 3 — 42; 43; 45; II, 518
2, 6, 4 — 42; 43; 45
2, 6, 5 — 42; 43; 45
4, 11, 1 — II, 142
4, 12, 8 — II, 142
4, 28, 6 sqq. — II, 142
5, 2 — II, 122
6, 3, 1 — II, 123; 126; 133
6, 3, 2 — II, 126
6, 3, 3 — II, 120; 123; 125; 126; 131; 139
6, 4 — II, 124
6, 2 — II, 122
6, 5, 1 — II, 124; 139
6, 6, 1 — II, 131
6, 10 — II, 457
7, 3, 1 — II, 513
7, 3, 2 — 570
8, 3, 1 — II, 513
10, 5, 1 — II, 596
10, 7, 7 — II, 585
12, 7, 1 — II, 512
12, 7, 6 — II, 515

Concilium Eliberitanum
Mansi, II, 10 — II, 553

Consultatio vet. cuiusd. iur.
5, 7 — II, 516
6, 10 — II, 450
9, 5 — II, 235

Corpus iuris canonici
decret. Greg. IX
I, 6, 1, X — 463

Corpus iuris canonici
decreti 2ª pars
Causa X, q. 3, 1 — 463 sqq.
Causa X, q. 3, 3 — 463

Coutume
de la ville et sept. de Bourges
70 — 467
de Nivernais
1, 7 — 469

Curtius
hist. Al.
8, 5, 10 — II, 560

De actionibus (Z. S. S., 14, 89)
5 — II, 545
20 — II, 545
30 — II, 545
31 — II, 543; 546
32 — II, 545
33 — II, 545
34 — II, 545
35 — II, 545

Demosthenes
c. Aristocr.
50 — 568
c. Boeot. I
22 — 327
c. Midiam
32 — II, 199
87 — II, 199

Des Marès
decis.
275 — 467

Digesta
const. Deo auctore
7 — 425
const. Omnem
2 — II, 654; 655
4 — 427
const. Tanta
1 — II, 294
10 sqq — 425; 427
11 — II, 654; 655
15 — 442
17 — II, 294
22 — II, 37

1, 1, 1 pr — 2; 26
1, 10, 2 — 26
1, 2, 1 — II, 40
1, 3, 25 — 25
1, 3, 32 — II, 271
1, 3, 34 — II, 271
1, 5, 7 — 328; 333
1, 5, 26 — 328
1, 6, 4 — 333; 337
1, 6, 6 — 327; 333; 337; 340; 344
1, 6, 10 — 337; 342
1, 6, 16 — 343
1, 7, 11 — II, 304
1, 8, 4, 1 — II, 400

Digesta
1, 9, 1 — 638
1, 9, 8 — II, 40
1, 10, 1, 2 — II, 41
1, 12, 1, 7 — II, 130
1, 12, 1, 11 — 94
1, 12, 1, 14 — II, 489
1, 16, 9, 5 — II, 234
1, 18, 6, 2 — II, 235
1, 18, 8 — II, 516; 517
1, 18, 9 — II, 516; 517
2, 2, 2 — 5
2, 4, 5 — 334
2, 8, 1 — 172
2, 8, 15, 1 — 426; II, 521; 536; 576
2, 8, 15, 2 — II, 521
2, 9, 1, 1 — II, 230
2, 9, 4 — II, 579
2, 11, 5 — 635
2, 12, 6 — II, 516
2, 14, 2, 1 — II, 435
2, 14, 3 — 179
2, 14, 6 — 179
2, 14, 7, 1 — 439; II, 529
2, 14, 7, 2 — II, 83; 529
2, 14, 7, 4 — 178
2, 14, 7, 14 — 179
2, 14, 10 pr — 421
2, 14, 10, 2 — 147
2, 14, 33 — II, 296
2, 14, 60 — 638
2, 15, 3, 2 — II, 40
2, 15, 8, 16 — II, 573
3, 1, 1, 3 — 318
3, 1, 3 pr — 626
3, 2, 1 — 240; II, 297
3, 2, 11, 1 — II, 297
3, 2, 11, 2 — II, 297
3, 2, 13, 1 — 240
3, 2, 13, 2 — 240
3, 2, 13, 3 — 240
3, 2, 13, 4 — 240
3, 3, 8, 1 — II, 363
3, 3, 39, 1 — II, 579
3, 3, 39, 6 — 270; 273; 275
3, 3, 42, 1 — II, 593
3, 4, 1 pr — II, 499
3, 4, 6, 1 — II, 591
3, 5, 2 — II, 586
3, 5, 5, 14 — II, 518
3, 5, 8 — II, 40
3, 5, 9 — 3
3, 5, 30, 2 — II, 579
3, 5, 31 pr — 422; 437; 449
3, 5, 31, 1 — 245
3, 5, 48 — II, 86
3, 6, 1, 3 — II, 535
3, 6, 16 — 422
3, 13, 20 — 449
4, 2, 8 pr — II, 120
4, 2, 9, 1 — II, 572
4, 2, 9, 2 — II, 571
4, 2, 9, 3 — II, 571
4, 2, 9, 7 — II, 572

Digesta

4, 2, 9, 8 — II, 572
4, 2, 10, 1 — II, 516; 572
4, 2, 12, 1 — II, 571; 572
4, 2, 14, 1 — II, 570; 571; 572
4, 2, 14, 2 — II, 570; 571; 572
4, 2, 14, 3 — II, 151; 570; 571
4, 2, 14, 4 — II, 151; 152; 569; 571
4, 2, 14, 5 — II, 152; 571
4, 2, 14, 11 — II, 571; 630
4, 2, 23, 2 — II, 515; 516
4, 3, 1 — 147
4, 3, 2 — 147
4, 3, 3 — 147; 309
4, 3, 4 — 147
4, 3, 5 — 147; 309
4, 3, 6 — 147
4, 3, 7 pr — 147; 266; 270; 273; 276; 306
4, 3, 7, 8 — 308
4, 3, 38 — 270
4, 4, 1 pr — 270
4, 4, 1, 1 — II, 579
4, 4, 3, 1 — 270
4, 4, 3, 3 — 270
4, 4, 3, 4 — 270
4, 4, 3, 5 — 270
4, 4, 3, 6 — 270; 271
4, 4, 4 — 270
4, 4, 7, 3 — 270; 271; 273; 275
4, 4, 7, 7 — 276
4, 4, 9, 1 — 270; 271; 273; 275
4, 4, 9, 2 — 270; 271; 273; 275
4, 4, 10 — 308
4, 4, 11, 2 — 269; 270; 271; 272
4, 4, 11, 3 — 269; 270; 271; 272
4, 4, 11, 4 — 269; 270; 271; 272
4, 4, 11, 5 — 269; 270; 271; 272
4, 4, 11, 6 — 269; 270; 271; 272
4, 4, 13 pr — 270; 272
4, 4, 16, 1 — 266; 270; 271; 272; 273; 275
4, 4, 16, 2 — 402
4, 4, 16, 4 — 106; 270; 271; 272; 273; 275; 280
4, 4, 17 — 270; 273; 275
4, 4, 18 — 270
4, 4, 19 — 269
4, 4, 20 pr — 102
4, 4, 23 — 270; 272; 273; 275; 289
4, 4, 24, 1 — 270; 272; 273; 275
4, 4, 24, 3 — 265; 273; 276; II, 568

Digesta

4, 4, 24, 4 — 272; 273; 275; 312
4, 4, 26, 1 — 270; 273
4, 4, 27, 4 — 280
4, 4, 37 pr — 102 sqq
4, 4, 37, 1 — 102 sqq; II, 119; 120; 121
4, 4, 41 — 270; 273; 275
4, 4, 44 — 269; 270; 271; 273; 275
4, 4, 50 — 449
4, 5, 2 — 385
4, 5, 2, 1 — 626
4, 5, 4 — 364
4, 5, 10 — 366
4, 6, 23, 2 — II, 581
4, 7, 1, 1 — II, 228
4, 7, 3 — II, 228
4, 7, 12 — II, 230
4, 8, 21, 8 — II, 516
4, 8, 32, 6 — II, 120
5, 1, 1 — II, 516
5, 1, 11 — II, 518
5, 1, 18, 1 — II, 557
5, 1, 64 — 104; 105;
5, 1, 81 — II, 517
5, 2, 20 — II, 591
5, 3, 10 — 247
5, 3, 11 — 536
5, 3, 12 — 536
5, 3, 15 — 247
5, 3, 16, 1 — 247
5, 3, 19, 3 — II, 395; 546; 584; 588
5, 3, 20, 3 — 524
5, 3, 20, 6 — 524; II, 40
5, 3, 20, 16 — II, 147
5, 3, 25, 20 — 524
5, 3, 26 — 524
5, 3, 27, 1 — 524
5, 3, 29 — 524
5, 3, 31, 3 — 524
5, 3, 32 — 524
5, 3, 33, 1 — II, 147
5, 3, 36, 5 — 524
5, 3, 38 — 96; 98; 99 sqq
5, 3, 40, 1 — 524
5, 3, 49 — 538
5, 4, 1, 3 — II, 147
5, 4, 3 pr — 328
6, 1, 1 pr — II, 583
6, 1, 2 — II, 583
6, 1, 5, 1 — II, 579
6, 1, 5, 5 — II, 85
6, 1, 6 — II, 85
6, 1, 9 — II, 314
6, 1, 15, 1 — II, 147
6, 1, 20 — 533
6, 1, 23, 5 — 28; 30
6, 1, 37 — 99
6, 1, 48 — 523
6, 1, 58 — 563
6, 1, 62 pr — 527; 546
6, 1, 77 — II, 463

Digesta

6, 2, 11, 1 — 190; 191; II, 395; 405; 406; 541; 542
6, 2, 12 pr — 249
6, 2, 12, 2 — II, 406
6, 2, 17 — II, 525
7, 1, 3 pr — 188; II, 392
7, 1, 6 pr — II, 332; 335; 336
7, 1, 6, 2 — II, 335
7, 1, 11, 1 — II, 529
7, 1, 12, 5 — II, 147
7, 1, 13, 1 — II, 565
7, 1, 13, 2 — II, 564
7, 1, 15, 7 — II, 533; 539; 580
7, 1, 21 — 530
7, 1, 22 — 530
7, 1, 25 pr — 373
7, 1, 25, 7 — 191; 196; II, 392
7, 1, 27, 4 — II, 392
7, 1, 32 — II, 537
7, 1, 33 pr — II, 331
7, 1, 36, 1 — II, 333; 338
7, 1, 46 pr — II, 335
7, 1, 49 — II, 345
7, 1, 54 — II, 342
7, 1, 57 — II, 331
7, 1, 60 — 173; II, 392
7, 1, 71 — II, 546
7, 1, 72 — II, 331
7, 2, 1, 4 — II, 335
7, 2, 1, 6 — II, 335
7, 2, 3, 2 — II, 331
7, 2, 4 — II, 331
7, 2, 6, 1 — II, 331
7, 2, 9 — II, 331
7, 2, 11 — II, 346
7, 4, 1 pr — 190; 191; 377; II, 390; 405; 539; 576
7, 4, 1, 1 — II, 337
7, 4, 1, 2 — II, 337
7, 4, 1, 3 — II, 337
7, 4, 2, 1 — II, 337
7, 4, 3, 3 — II, 527
7, 4, 4 — II, 401; 541
7, 4, 7 — II, 546
7, 4, 17 — II, 332; 402
7, 4, 29, 2 — II, 401; 541; 542
7, 5, 2 — II, 532
7, 5, 2, 1 — II, 537
7, 5, 5 — II, 537
7, 6, 1 pr — II, 529; 534; 580; 585; 588
7, 6, 2 — II, 537
7, 6, 3 — 188; II, 402; 405; 541
7, 6, 4 — II, 332; 335; 352
7, 6, 5 — II, 394
7, 6, 5 pr — II, 521; 522; 524; 527; 543
7, 6, 5, 1 — II, 534; 578; 580
7, 6, 5, 2 — II, 578; 579; 585
7, 6, 5, 3 — II, 578
7, 6, 5, 4 — II, 526

Digesta

7, 6, 5, 6 — II, 519; 521; 549; 577; 578; 579; 585
7, 8, 12, 1 — 89
7, 8, 12, 2 — 89
7, 9, 1 pr — II, 537
7, 9, 3, 3 — II, 332
7, 9, 7, 1 — II, 537
7, 9, 9, 2 — II, 332
7, 9, 9 pr — II, 401
8, 1, 1 — II, 537
8, 1, 14 pr — II, 395
8, 1, 14, 2 — II, 400
8, 1, 15 — II, 537
8, 1, 16 — II, 521; 534
8, 1, 17 — II, 347
8, 1, 20 — 189; II, 395; 396; 542
8, 2, 1, 1 — II, 523; 594
8, 2, 5 — II, 363
8, 2, 8 — II, 379
8, 2, 14 — 84
8, 2, 20, 5 — II, 596
8, 2, 23, 1 — 193
8, 2, 26 — 92; II, 377; 525; 526
8, 2, 27 — II, 525
8, 2, 27, 1 — II, 367; 525
8, 2, 28 — II, 400; 407
8, 2, 32, 1 — II, 408
8, 2, 33 — II, 523
8, 3, 1, 2 — 190; 191; II, 395
8, 3, 4 — II, 537
8, 3, 10 — 193
8, 3, 20, 3 — II, 537
8, 3, 33 pr — 195; II, 392
8, 3, 33, 1 — II, 392
8, 3, 37 — II, 392
8, 4, 2 — II, 400
8, 4, 3 — 194
8, 4, 6 — 195
8, 4, 15 — II, 524
8, 5, 1 pr — II, 521; 533
8, 5, 1, 3 — II, 533
8, 5, 2 pr — II, 518; 523; 577; 578; 582; 587; 598
8, 5, 2, 1 — II, 518; 577; 578; 580; 586; 589; 598
8, 5, 2, 2 — II, 580; 594
8, 5, 2, 3 — II, 519; 575; 576; 577; 593
8, 5, 2, 5 — II, 577
8, 5, 2, 6 — II, 578
8, 5, 2, 7 — II, 578
8, 5, 4 pr — II, 587; 589; 597; 598
8, 5, 4, 1 — II, 521; 587; 588; 589
8, 5, 4, 2 — II, 519; 589; 598
8, 5, 4, 3 — II, 519; 575; 596; 598
8, 5, 4, 4 — II, 519; 575; 596

Digesta

8, 5, 4, 5 — II, 519; 575; 585; 593; 596; 597
8, 5, 4, 6 — II, 584
8, 5, 4, 7 — II, 531; 547; 587; 589
8, 5, 5 pr — II, 528
8, 5, 6, 1 — II, 584
8, 5, 6, 2 — II, 522
8, 5, 6, 7 — II, 565
8, 5, 7 — II, 581; 584
8, 5, 8 pr — II, 523
8, 5, 8, 3 — II, 522; 528; 585
8, 5, 8, 5 — 85; II, 526
8, 5, 8, 6 — II, 524
8, 5, 9 — II, 527; 565; 598
8, 5, 9 pr — II, 528
8, 5, 10 pr — II, 408; 411
8, 5, 10, 1 — II, 412
8, 5, 11 — II, 335; 378 sqq; 525; 527
8, 5, 12 — II, 581
8, 5, 14 — II, 528
8, 5, 14 pr — II, 368
8, 5, 14, 1 — II, 597
8, 5, 16 — II, 393; 396; 406; 522; 525; 528
8, 6, 2 — II, 553; 598
8, 6, 14 — II, 546
8, 6, 20 — II, 595
8, 6, 21 — II, 595
8, 6, 23 — II, 595
8, 6, 25 — II, 595
9, 1, 1, 7 — 561
9, 2, 1 pr — 567
9, 2, 2, 1 — II, 551
9, 2, 4, 1 — 569
9, 2, 5, 3 — 566
9, 2, 13 — 565
9, 2, 23, 10 — II, 512; 515; 577
9, 2, 23, 11 — II, 511; 515; 551; 552; 553; 577
9, 2, 24 — II, 512; 577
9, 2, 25 pr — II, 515; 577
9, 2, 25, 1 — II, 512; 553
9, 2, 25, 2 — II, 517
9, 2, 26 — II, 512; 517; 577
9, 2, 27, 7 — II, 584
9, 2, 29, 4 — 564
9, 2, 34 — II, 345
9, 2, 51, 2 — II, 557
9, 2, 52, 1 — 559 sqq
9, 2, 52, 2 — 564
9, 3, 1 pr — 47; 626
9, 3, 5, 8 — 626
9, 4, 8 — II, 147
9, 4, 30 — II, 537
9, 23, 1, 5 — 11
10, 2, 1, 1 — II, 622; 640
10, 2, 14, 2 — 92
10, 2, 20 — 173
10, 2, 22 pr — 131
10, 2, 25, 16 — II, 527
10, 2, 25, 17 — II, 518
10, 2, 29 — 430

Digesta

10, 2, 30 — II, 158
10, 3, 7, 2 — II, 578
10, 3, 7, 12 — II, 578
10, 3, 14, 3 — II, 527
10, 3, 28 — 92; II, 355; 356; 359; 362 sqq; 378; 525
10, 4, 3, 3 — 451
10, 4, 5, 1 — II, 581
10, 4, 7, 1 — 28
10, 4, 7, 2 — 33
10, 4, 9, 5 — II, 168
10, 4, 15 — 131
10, 4, 19 — 22
11, 1 rubr — II, 556
11, 1, 1, 1 — II, 72; 556
11, 1, 4, 1 — II, 516
11, 1, 9 pr — II, 556
11, 1, 18 — II, 556
11, 1, 20 — II, 515; 557
11, 1, 22 — II, 556
11, 5, 1 pr — II, 579
11, 5, 1, 4 — II, 579
11, 7, 14, 1 — II, 516
11, 7, 14, 9 — II, 145
11, 7, 41 — II, 382
11, 8, 1 pr — 626
12, 1, 15 — 414
12, 1, 32 — 205; 414
12, 2, 7 — II, 75
12, 2, 9, 4 — 270; 273; 274; 275; 279; 296
12, 2, 13, 2 — II, 41
12, 2, 13, 5 — II, 147
12, 2, 24 — II, 518
12, 2, 30 pr — II, 553
12, 3, 5 pr — II, 550
12, 4, 4 — 414
12, 4, 10 — 414
12, 4, 9, 1 — 397; 401; 402; 403; 414
12, 4, 16 — II, 114
12, 5, 4 pr — II, 121
12, 5, 9, 1 — II, 570
12, 6, 10 — 205; 206
12, 6, 13, 1 — 97
12, 6, 14 — 97; 205
12, 6, 16 — 205
12, 6, 17 — 205
12, 6, 18 — 205
12, 6, 26, 12 — 397
12, 6, 33 — 99
12, 6, 55 — 104; 105; 527
12, 6, 56 — 205
12, 6, 65, 1 — 404
12, 6, 66 — 205
12, 7, 1 pr — 402
12, 7, 3 — 402
12, 7, 5 pr — II, 128; 130; 131; 145
12, 7, 5, 1 — II, 123
13, 2, 1 — II, 545
13, 4, 1 — II, 153; 162
13, 4, 2 pr — II, 152

Digesta

13, 4, 2, 1 — II, 153
13, 4, 2, 3 — II, 153
13, 4, 2, 8 — II, 152; 156; 566
13, 4, 3 — 152; 153
13, 4, 4, 1 — 152
13, 4, 5 — II, 152; 153
13, 4, 6 — II, 153
13, 4, 7 pr — II, 152; 154
13, 4, 7, 1 — II, 153
13, 4, 8 — II, 152; 153; 566
13, 4, 9 — II, 153
13, 4, 10 — II, 152
13, 5, 16, 1 — II, 152
13, 5, 18, 3 — II, 629
13, 5, 31 — II, 559
13, 6, 3, 2 — II, 570
13, 6, 5 pr — II, 154
13, 6, 5, 15 — II, 314
13, 6, 10 pr — II, 154
13, 6, 17, 1 — II, 591
13, 6, 17, 3 — II, 145
13, 7 — 421
13, 7, 1 pr — 450
13, 7, 1, 1 — 450
13, 7, 9 — 171
13, 7, 9, 2 — 449
13, 7, 11, 3 — 449
13, 7, 12 — 435
13, 7, 17 — 428
13, 7, 18 — 442
13, 7, 26 — II, 531
13, 7, 33 — 441
13, 7, 39 — II, 51
13, 7, 40, 1 — II, 432
13, 7, 41 — 451; II, 591
13, 7, 42 — 449
13, 7, 43 pr — II, 434
14, 3, 5, 6 — 436
14, 3, 5, 15 — 228
14, 3, 17, 4 — 99
14, 5, 4 pr — II, 516
15, 1, 3, 11 — II, 553
15, 1, 30, 6 — II, 147
16, 1, 3, 1 — 430
16, 1, 8, 2 — 285; 400; 402; 403
16, 1, 13, 1 — 434; 435
16, 1, 16, 1 — II, 40
16, 1, 32 pr — 270; 273; 275; 283
16, 2, 4 — II, 100
16, 2, 7, 1 — II, 99
16, 2, 21 — II, 91; 99; 100
16, 3, 1, 9 — II, 107; 112; 117
16, 3, 1, 21 — II, 167
16, 3, 1, 39 — 104; 105
16, 3, 1, 40 — II, 85
16, 3, 1, 41 — II, 85
16, 3, 11 — 374
16, 3, 12, 3 — II, 570
16, 3, 22 — II, 167
16, 3, 25 pr — 245
16, 3, 27 — II, 297
16, 3, 31 — 102 sqq
17, 1, 2, 6 — II, 49; 554

Digesta

17, 1, 12, 6 — 385
17, 1, 44 — 634
17, 1, 60, 4 — 437
17, 1, 61 — 385
17, 2, 9 — II, 147
17, 2, 44 — II, 110
17, 2, 52, 2 — II, 109
17, 2, 58, 2 — 387
17, 2, 59 pr — II, 148
17, 2, 59, 1 — II, 120
17, 8, 4, 3 — 457 sqq
18, 1, 28 — 536
18, 1, 32 — II, 532; 536
18, 1, 35 pr — 436
18, 1, 66 pr — II, 148
18, 1, 68, 2 — II, 397
18, 1, 81 pr — 437
18, 3, 6 pr — 262; 436
18, 3, 8 — 228; 262; 436
18, 4 — 641
18, 6, 1, 3 — 95
18, 7, 6, 1 — 355
19, 1, 3, 1 — II, 397
19, 1, 3, 2 — 189; II, 395; 543
19, 1, 5, 1 — 402
19, 1, 6, 5 — II, 148
19, 1, 10 — II, 591
18, 1, 11, 2 — II, 397
19, 1, 11, 6 — 228; 436
19, 1, 11, 13 — II, 397
19, 1, 13, 18 — 535
19, 1, 13, 28 — 266; 270; 273; 276; 289; 299
19, 1, 30 pr — 544
19, 1, 31, 2 — II, 41
19, 2, 2 — II, 106
19, 2, 13, 4 — 566
19, 2, 13, 11 — 450
19, 2, 22, 3 — 106; 281
19, 2, 25, 6 — II, 108; 109; 113 sqq
19, 2, 31 — II, 40
19, 2, 33 — II, 232
19, 5 — 152
19, 5, 1-4 — 153; II, 545
19, 5, 5 pr — II, 116; 545
19, 5, 5, 1 — II, 116; 545
19, 5, 5, 2 — II, 83; 112; 114; 545
19, 5, 11 — 152
19, 5, 21 — 153
20, 1, 1, 1 — II, 578
20, 1, 1, 2 — 523
20, 1, 1, 3 — 427; 437
20, 1, 2 — 422; 437; 449
20, 1, 3, 5 — 428
20, 1, 3, 6 — 428
20, 1, 4 — 439
20, 1, 5, 1 — 426; 445; 446
20, 1, 9, 1 — 435
20, 1, 11, 1 — 441
20, 1, 11, 2 — II, 526; 564
20, 1, 11, 3 — 426
20, 1, 13, 2 — 424; 442

Digesta

20, 1, 13, 5 — 204
20, 1, 15 pr — II, 526; 527
20, 1, 15, 2 — 434
20, 1, 16, 1 — 426
20, 1, 16, 6 — 424; 445
20, 1, 16, 8 — 445
20, 1, 16, 9 — 429; 448
20, 1, 22 — 451
20, 1, 26, 2 — 438
20, 1, 31 — II, 522
20, 1, 34 pr — 437; 439
20, 1, 34, 1 — 437; 439
20, 2, 2 — 425
20, 2, 5 pr — 425
20, 2, 5, 2 — 445
20, 2, 9 — 4
20, 3, 1, 2 — 425
20, 3, 4 — 437
20, 4, 1 — II, 57
20, 4, 1 pr — 427; 437
20, 4, 6, 1 — II, 235
20, 4, 6, 2 — II, 235
20, 4, 11 pr — 434
20, 4, 11, 2 — 434
20, 4, 11, 3 — 434
20, 4, 12 pr — 424
20, 4, 12, 4 — 425
20, 4, 12, 5 — 425
20, 4, 12, 9 — 425; 445
20, 4, 12, 10 — 425; 426
20, 4, 16 — II, 518
20, 5, 5 — 445
20, 5, 5, 1 — II, 51
20, 5, 7 pr — 425; 426; 445
20, 5, 8 — 450
20, 5, 12 pr — II, 56
20, 5, 12, 1 — 96; 98
20, 5, 14 — 450
20, 6, 1 pr — II, 578
20, 6, 2 — 435
20, 6, 7 pr — II, 40
20, 6, 7, 4 — 434
20, 6, 8, 3 — 445
20, 6, 8, 4 — 445
20, 6, 8, 5 — 445
20, 6, 8, 11 — 51
20, 6, 11 — 167; 438; II, 58
20, 6, 14 — 171
21, 1, 19, 5 — II, 75
21, 1, 36 — II, 148
21, 1, 42 — 46
21, 1, 43, 3 — 538
21, 1, 43, 8 — 450
21, 1, 43, 9 — II, 579
21, 2, 39 — 270; 273; 275; 277
21, 2, 51 — 4
21, 2, 59 — 421
21, 2, 66 pr — II, 536
22, 1, 3 pr — II, 569
22, 1, 3, 1 — II, 159; 564; 569; 573
22, 1, 8 — II, 569
22, 1, 14 — II, 40; 569
22, 1, 25, 2 — 102

Digesta

22, 1, 33, 1 — 451
22, 1, 39 — II, 569
22, 2, 4 pr — 447
22, 3, 25 — II, 576
22, 5, 11 — 20
22, 5, 12 — 461
22, 5, 14 — II, 120
22, 5, 17 — II, 256
22, 6, 9, 1 — II, 136
22, 6, 9, 5 — 4
23, 1, 7, 1 — II, 304
23, 1, 10 — II, 298
23, 1, 12 — II, 304
23, 1, 15 — II, 121
23, 2, 3 — II, 304
23, 2, 8 — II, 123
23, 2, 9 pr — II, 304; 306
23, 2, 12, 1 — II, 241
23, 2, 12, 2 — II, 241
23, 2, 12, 4 — II, 130
23, 2, 16, 1 — II, 304
23, 2, 19 — II, 291; 296
23, 2, 34 pr — II, 298
23, 2, 36 — II, 121
23, 2, 38 pr — 249
23, 2, 38, 1 — 241
23, 2, 38, 2 — II, 297
23, 2, 39 pr — II, 133
23, 2, 39, 2 — II, 123
23, 2, 43 pr — 561
23, 2, 44 — II, 124
23, 2, 45, 5 — II, 363; 364
23, 2, 49 — II, 124
23, 2, 52 — II, 123
23, 2, 55 pr — II, 124
23, 2, 56 — II, 123; 131
23, 2, 57 *a* — II, 124; 130; 131; 133; 139; 297
23, 2, 59 — II, 121; 297
23, 2, 60 — II, 121
23, 2, 62 pr — II, 121; 297
23, 2, 63 — II, 121
23, 2, 64 pr — II, 121; 297
23, 2, 64, 2 — II, 121; 297
23, 2, 66 — II, 121
23, 2, 67 — II, 121
23, 2, 67, 1 — II, 297
23, 2, 67, 5 — II, 297
23, 2, 68 — II, 123; 126; 139
23, 3, 1 — II, 57
23, 3, 5, 5 — 529
23, 3, 6, 2 — 96; 98; 270; 273; 275; 281; 289
23, 3, 7 — 542
23, 3, 9, 1 — II, 591
23, 3, 9, 3 — 438
23, 3, 10, 2 — 541
23, 3, 10, 3 — 542
23, 3, 12, 1 — 270; 273; 276; 282; 289
23, 3, 16 — 543
23, 3, 25 — II, 44
23, 3, 26 — II, 44
23, 3, 32 — 542

Digesta

23, 3, 46 — 402; 403
23, 3, 46, 2 — II, 296
23, 3, 47 — 541
23, 3, 54 — 543
23, 3, 58, 1 — 542
23, 3, 61 — II, 299
23, 3, 66 — 382
23, 3, 67 — II, 567
23, 3, 69, 2 — 542
23, 3, 69, 3 — 542
23, 3, 69, 5 — II, 120
23, 3, 69, 9 — 541; II, 433
23, 3, 76 — 402
23, 3, 77 — 542
23, 3, 78, 5 — 401; 402; 403; 414
23, 3, 79, 1 — II, 296
23, 4, 4 — 542
23, 4, 8 — II, 306
23, 4, 10 — II, 296
23, 4, 21 — II, 44
23, 4, 22 — 542
23, 4, 29 pr — 281
23, 5, 4 — 240
23, 5, 8 — 542
23, 6, 6 pr — 91
24, 1, 3, 12 — 412
24, 1, 3, 13 — 412
24, 1, 4 — 414
24, 1, 7, 6 — II, 55 sqq
24, 1, 32, 22 — 245
24, 1, 36, 1 — 245
24, 1, 64 — II, 121
24, 2, 9 — II, 119
24, 3, 1 — II, 57
24, 3, 7, 1-11 — 542
24, 3, 7, 12 — 129; 542
24, 3, 11 — 543
24, 3, 21 — 303
24, 3, 22, 7 — 116
24, 3, 22, 8 — II, 515
24, 3, 24, 6 — II, 160
24, 3, 25, 4 — 542
24, 3, 31, 4 — 541
24, 3, 42, 2 — 542
24, 3, 58 — 542
24, 3, 65 — 541
25, 1, 7 — II, 90
25, 1, 9 — 100
25, 1, 16 — II, 518
25, 1, 17 pr — II, 120
25, 3, 1, 2 — 337; 339
25, 3, 1, 3 — 337; 339
25, 3, 1, 4 — 338 sqq; 348
25, 3, 1, 5 — 338; 348
25, 3, 1, 6 — 338; 348
25, 3, 1, 7 — 337; 342
25, 3, 1, 8 — 346
25, 3, 1, 9 — 337
25, 3, 1, 10 — 345
25, 3, 1, 11 — 327; 336; 345; 349
25, 3, 1, 12 — 345
25, 3, 1, 13 — 343; 346; 348
25, 3, 1, 14 — 343; 346; 348
25, 3, 1, 15 — 343; 346; 348

Digesta

25, 3, 1, 16 — 349; 350
25, 3, 2 — 350
25, 3, 3 pr — 350
25, 3, 3, 2 — 349
25, 3, 3, 3 — 349
25, 3, 3, 8 — 334
25, 3, 5 — 335 sqq; 345
25, 3, 5, 6 — 340; 346
25, 3, 5, 7 — 340; 346; II, 515
25, 3, 5, 8 — 340; 343; 346
25, 3, 5, 9 — 343
25, 3, 5, 18 — 343
25, 3, 6 — 335; 340
25, 3, 7 — 345; 350
25, 3, 8 — 336
25, 3, 9 — 336; 345
25, 3, 15 — 335
25, 3, 16 — 341
25, 3, 29 — 335
25, 4, 1 pr — 341
25, 4, 1, 1 — 328; 339; 341
25, 4, 1, 3 — 339; 341
25, 4, 1, 4 — 339; 341
25, 4, 1, 5 — 341
25, 4, 1, 6 — 341
25, 4, 1, 7 — 341
25, 4, 1, 10 — 332; 341
25, 4, 1, 11 — 332; 341
25, 4, 1, 12 — 332; 341
25, 4, 1, 13 — 332; 341
25, 4, 1, 14 — 332; 341
25, 4, 1, 15 — 332; 341
25, 5, 1 — 333; 337
25, 5, 1, 2 — II, 82
25, 6, 1 — 333; 345
25, 6, 19, 2 — II, 111
25, 7, 1, 3 — II, 127
25, 7, 3, 1 — II, 120; 124
25, 8, 1 — 337
25, 8, 3 — 337
25, 18, 10 — II, 585
26, 1, 3, 2 — II, 579
26, 5, 24 — 148
26, 7, 9, 3 — II, 147
26, 7, 11 — II, 410
26, 7, 13, 2 — 247
26, 7, 58, 3 — II, 49
27, 1, 1 — 431
27, 2, 1 — 351
27, 2, 11 — 328
27, 3, 1, 5 — 247
27, 6, 12 — 270; 281
27, 8, 1 — II, 146; 147; 148
27, 8, 6 — II, 147
27, 9, 1, 1 — II, 536
27, 9, 3, 4 — II, 536
27, 9, 3, 5 — II, 536
27, 9, 3, 6 — II, 537
27, 9, 4 — II, 537
27, 9, 5 pr — II, 537
27, 9, 5, 1 — II, 537
27, 9, 5, 2 — II, 537
27, 10, 5 — 430
28, 1, 21, 2 — 6; 9; 15

Digesta
28, 1, 22, 4 — 15
28, 1, 27 — 2
28, 2, 29 — 330
28, 5, 38, 5 — 535
28, 5, 46 — 385; 563
28, 5, 59 — 3
28, 5, 60 pr — 534
28, 6, 39 pr — 332
28, 7, 3 — II, 5
28, 7, 4, 1 — II, 14; 31; 32; 33
28, 7, 9 — 150
28, 7, 20 pr — II, 32
28, 7, 23 — II, 5
28, 7, 28, 3 — II, 121
29, 1, 11 pr — II, 124
29, 1, 20 pr — II, 124
29, 1, 25 — II, 124
29, 1, 34 — II, 124
29, 2, 25 pr — 539
29, 2, 45 pr — 534
29, 2, 45, 1 — 541
29, 2, 45, 4 — 531
29, 2, 52 pr — II, 306
29, 9, 1, 2 — II, 40
30, 1 — 425; 454
30, 4, 1 — II, 344
30, 7 — 545
30, 25 — II, 345
30, 32 pr — II, 345; 346
30, 34, 11 — II, 345
30, 44, 5 — II, 434
30, 47, 3 — II, 146; 148
30, 52, 1 — II, 344
30, 54 — II, 349
30, 54, 3 — II, 349
30, 57 — 421
30, 67, 1 — II, 344
30, 70 — II, 344
30, 71, 5 — II, 536
30, 71, 6 — II, 536
30, 74 — II, 344; 345
30, 81, 4 — II, 348
30, 81, 7 — II, 345
30, 81, 10 — II, 346
30, 82 pr — II, 346
30, 84, 2 — II, 344
30, 84, 5 — 303; 542; II, 97
30, 86 pr — II, 344
30, 86, 1 — II, 345
30, 86, 3 — II, 344; 345; 346
30, 86, 4 — II, 531
30, 89 — II, 42
30, 91 pr — II, 345
30, 91, 6 — II, 344
30, 96, 1 — II, 345
30, 100 — II, 344
30, 104 — II, 344; 345
30, 104, 6 — II, 345
30, 107 pr — II, 344
30, 108, 4 — II, 344
30, 108, 5 — II, 344; 346
30, 113, 2 — II, 344
30, 113, 4 — II, 345
30, 116 pr — II, 344

Digesta
30, 116, 1 — II, 345
30, 124 — II, 349
30, 126 pr — II, 345
30, 126, 1 — II, 344
31, 26 — II, 331; 346; 350; 569
31, 29, 2 — II, 345
31, 33, 1 — II, 345
31, 66, 5 — II, 346
31, 66, 7 — II, 333; 343
31, 74 — 563
31, 76, 2 — II, 331; 346; 350; 537
31, 76, 7 — II, 1; 17; 31
31, 82, 2 — 537
32, 2 — 461
32, 3, 2 — II, 147
32, 11, 22 — II, 41
32, 14 pr — II, 11; 18
32, 14, 1 — II, 569
32, 16 — II, 569
32, 18 — II, 145 sqq
32, 38 pr — 437
32, 41, 7 — II, 297
32, 49 pr — II, 147
32, 55, 7 — II, 147; 297
32, 59 — II, 434
32, 73, 2 — 451; 452
32, 74 — II, 331
32, 85 — II, 148
32, 86 — II, 49
32, 90 — II, 345
32, 92 — II, 434
32, 101 — II, 441
32, 102 pr — II, 434
33, 1, 12 — II, 137
33, 1, 19 pr — II, 40
33, 1, 19, 2 — II, 41
33, 2, 4 — II, 331; 352
33, 2, 17 — II, 80
33, 2, 19 — II, 332
33, 2, 26 — II, 332; 333; 339
33, 2, 29 — 188; II, 401; 541
33, 3, 4 — II, 525
33, 3, 7 — II, 347
33, 4, 6 — 563
33, 7, 12, 2 — 562
33, 7, 12, 45 — II, 434
33, 7, 13 — 561
33, 10, 7, 2 — II, 235
34, 1, 1 — II, 589
34, 1, 22, 1 — 91
34, 1, 14, 3 — II, 537
34, 2, 19, 6 — 8
34, 2, 23, 1 — 33
34, 2, 32, 1 — II, 235
34, 2, 38, 1 — 131
34, 3, 3, 1 — II, 435
34, 3, 3, 2 — II, 435
34, 3, 8, 3 — II, 537
34, 3, 8, 4 — II, 532
34, 3, 20, 1 — II, 559
34, 3, 25 — II, 559
34, 5, 14 — II, 332

Digesta

34, 5, 20 — II, 471; 491
34, 9, 14 — II, 135
34, 9, 16, 1 — II, 119
34, 9, 26 — II, 345
35, 1, 7 pr — II, 8; 14; 15; 16; 18; 22; 31; 32; 33
35, 1, 7, 1 — II, 31; 32
35, 1, 14 — II, 5
35, 1, 17 pr — II, 51
35, 1, 18 — II, 7; 17; 31; 33
35, 1, 19 pr — II, 6
35, 1, 22 — II, 11
35, 1, 24 — II, 5
35, 1, 29 — II, 26
35, 1, 30 — II, 553
35, 1, 43 pr — II, 41
35, 1, 44 pr — 365; 366; 369; 373
35, 1, 50 — II, 515
35, 1, 61 — II, 559
35, 1, 62, 2 — II, 8; 13; 18; 24; 26; 28
35, 1, 63, 1 — II, 12; 13
35, 1, 64 pr — II, 13
35, 1, 64, 1 — II, 12
35, 1, 71, 1 — 253
35, 1, 71, 2 — II, 19; 21; 27
35, 1, 72 pr — II, 22; 27
35, 1, 72, 1 — II, 9; 22 sqq
35, 1, 72, 2 — II, 9
35, 1, 72, 4 — II, 13; 306
35, 1, 72, 5 — II, 13; 28
35, 1, 73 — II, 4; 7; 8; 18; 19; 22
35, 1, 74 — II, 12; 13
35, 1, 76, 7 — II, 28
35, 1, 77, 1 — II, 27
35, 1, 77, 2 — II, 9; 11; 12; 18
35, 1, 77, 3 — II, 21
35, 1, 79 pr — II, 27
35, 1, 79, 2 — II, 1
35, 1, 79, 3 — II, 17; 27; 28; 31; 33
35, 1, 79, 4 — II, 13; 30
35, 1, 100 — II, 12
35, 1, 101 pr — II, 6
35, 1, 101, 3 — II, 1; 20
35, 1, 103 — II, 21; 27
35, 1, 106 — II, 2; 20
35, 2, 1, 11 — II, 78
35, 2, 26 pr — II, 79
35, 2, 89 pr — II, 49
35, 3, 9 — II, 339
36, 1, 1, 6 — II, 535
36, 1, 17, 12 — II, 535
36, 1, 19 — II, 569
36, 1, 20, 1 — II, 41
36, 1, 52 — II, 535
36, 1, 54, 1 — II, 347
36, 1, 61 pr — II, 47
36, 1, 67, 1 — II, 8; 11; 18; 22
36, 1, 74 — II, 146
36, 1, 79, 1 — II, 297
36, 2, 5, 5 — II, 5

Digesta

36, 2, 20 — II, 338
36, 2, 22 pr — 378
36, 2, 26, 1 — II, 49
36, 3, 1, 17 — II, 332
36, 3, 7 — 421
36, 3, 10 — II, 345
36, 3, 11 — II, 81
36, 3, 12 — II, 21
36, 3, 17 — II, 345
36, 4, 1 pr — 402
37, 1, 12 pr — II, 41
37, 4, 10, 6 — II, 67
37, 5, 8, 6 — II, 41
37, 6, 1, 9 — 173
37, 6, 1, 10 — 173; II, 49
37, 6, 1, 11-13 — 173
37, 6, 6 — II, 296
37, 9, 1, 24 — 333
37, 10, 1 — 333
37, 10, 2 — 333
37, 10, 3 — 333
38, 1, 2 — 405; 415
38, 1, 45 — 93
38, 1, 48 pr — II, 298
38, 2, 1 pr — 415
38, 2, 1, 1 — 409
38, 5, 5, 1 — II, 573
38, 9, 1 — 331
38, 11, 1, 1 — II, 118
38, 12, 1 — II, 124
38, 16, 3, 9 — 328
38, 16, 6 — 328
38, 16, 7 — 328
38, 17, 2, 28 — II, 305
39, 1, 2 — II, 533; 580
39, 1, 3, 2 — II, 525
39, 1, 3, 3 — II, 525; 533
39, 1, 5, 9 — II, 533
39, 1, 9 — II, 534
39, 1, 20 — II, 534
39, 2, 1 pr — 405
39, 2, 1, 1 — 405
39, 2, 2 — II, 534
39, 2, 2, 5 — II, 526; 527
39, 2, 7 pr — II, 40
39, 2, 9, 4 — II, 522
39, 2, 9, 5 — II, 565
39, 2, 10 — II, 565
39, 2, 13, 1 — II, 537
39, 2, 15 pr — II, 573
39, 2, 15, 24 — II, 536
39, 2, 19 pr — II, 537
39, 2, 32 — II, 379
39, 2, 37 — II, 379
39, 3, 1, 1 — II, 526; 527
39, 3, 1, 11 — 85
39, 3, 1, 12 — 85; II, 579
39, 3, 1, 15 — II, 528
39, 3, 1, 22 — II, 553
39, 3, 1, 23 — II, 408; 409; 410; 532; 553
39, 3, 2, 2 — 85
39, 3, 2, 5 — II, 532

Digesta

39, 3, 2, 7 — II, 409
39, 3, 3 — II, 534
39, 3, 6, 5 — II, 522
39, 3, 10 pr — 92
39, 3, 14 pr — II, 233
39, 3, 17, 1 — 95
39, 3, 22 — II, 533
39, 3, 26 — II, 409; 411
39, 4, 6 — II, 42
39, 4, 7 pr — II, 536
39, 4, 12, 2 — II, 146; 148
39, 5, 1, 1 — 245; 246
39, 5, 2, 2 — 394 sqq
39, 5, 2, 3 — 401; 402; 414
39, 5, 2, 4 — 401; 402
39, 5, 2, 5 — 88
39, 5, 7, 6 — II, 535
39, 5, 20, 1 — II, 576
39, 5, 21 pr — 399
39, 5, 21, 1 — 389 sqq; 412
39, 5, 27 — II, 398; 516; 542; 581
39, 5, 32 — II, 399
39, 5, 33, 3 — 395
39, 5, 35 pr — II, 463
39, 6, 15 — II, 583
39, 6, 18, 1 — 414
39, 6, 18, 2 — II, 435
39, 6, 19 — 414
39, 6, 31, 2 — II, 42
39, 6, 31, 3 — 414
39, 6, 37, 1 — 414
40, 1, 5 pr — II, 299
40, 4, 6 — II, 331; 351
40, 4, 17 pr — II, 26
40, 4, 35 — II, 351
40, 4, 50 pr — 127
40, 4, 61 pr — II, 18; 26
40, 5, 2, 2 — II, 590
40, 5, 24, 2 — II, 147
40, 5, 24, 17 — II, 147
40, 7, 4, 1 — II, 26
40, 7, 29, 1 — II, 40
40, 7, 31, 1 — 378
40, 9, 8 — II, 40; 41
40, 12, 21 pr — II, 579
41, 1, 7, 5 — II, 146
41, 1, 10, 3 — 528
41, 1, 10, 4 — 528
41, 1, 19 — 534
41, 1, 23, 2 — 102
41, 1, 37 pr — 535
41, 1, 43, 1 — II, 395; 404; 543
41, 1, 54 pr — 538
41, 1, 63 — 129
41, 2, 1, 21 — II, 418
41, 2, 2, 15 — 535
41, 2, 3 pr — II, 408
41, 2, 3, 3 — 131
41, 2, 3, 5 — II, 314
41, 2, 3, 23 — 4
41, 2, 11 — II, 516
41, 2, 18, 1 — 3
41, 2, 44 — 131

Digesta

41, 2, 48 — II, 463
41, 2, 52 pr — II, 553; 581
41, 3, 4, 19 — 523
41, 3, 4, 26 — II, 408
41, 3, 4, 27 — II, 399
41, 3, 10, 1 — II, 543
41, 3, 33, 4 — 421; 443
41, 3, 33, 5 — 443
41, 3, 35 — II, 341
41, 4, 2, 8 — 637
41, 4, 2, 9 — 637
42, 1, 3 — 57
42, 1, 7, 7 — 136
42, 1, 20 — II, 518
42, 1, 24 pr — II, 40
42, 1, 64 — II, 586
42, 2, 4 — II, 515
42, 2, 6, 2 — II, 524; 549
42, 4, 5, 2 — II, 82; 83
42, 4, 5, 3 — II, 82; 572
42, 5, 9 — 634
42, 5, 14 — 634
42, 5, 16 — 638
42, 5, 17, 1 — 241
42, 5, 25 — II, 41
42, 5, 33, 1 — 626
42, 5, 35 — 425
42, 5, 36 — II, 592
42, 6, 1, 3 — 448
42, 8, 10, 14 — II, 61
42, 8, 10, 24 — II, 592
42, 8, 17, 2 — II, 61
42, 8, 22 — II, 61
43, 1, 1, 1 — II, 574
43, 1, 2, 3 — II, 595
43, 3, 1 — II, 70
43, 3, 1, 2 — II, 73; 83
43, 3, 1, 3 — II, 76; 77
43, 3, 1, 7 — II, 83
43, 3, 1, 8 — II, 83; 581; 582
43, 3, 1, 9 — II, 82; 83; 84
43, 3, 1, 11 — II, 74; 76; 78; 79
43, 3, 1, 14 — II, 74; 76
43, 3, 1, 15 — II, 74; 75; 76
43, 3, 1, 16 — II, 83
43, 3, 1, 17 — II, 83
43, 3, 1, 18 — II, 83
43, 3, 2 — II, 73
43, 3, 2, 2 — II, 83
43, 3, 2, 3 — 173
43, 3, 3 — II, 73
43, 4, 2, 1 — II, 69
43, 4, 2, 4 — II, 69
43, 8, 2, 5 — II, 535
43, 8, 2, 18 — II, 581
43, 8, 2, 21 — II, 588
43, 10 passim — 538
43, 10, 3, 14 — II, 596
43, 16, 1, 40 — II, 81
43, 16, 3, 13 — II, 537; 542
43, 16, 3, 17 — II, 581
43, 16, 6, 2 — II, 581
43, 16, 10 — II, 399
43, 17, 1, 3 — II, 314

Digesta

43, 17, 1, 6 — II, 314
43, 17, 3 — II, 314
43, 17, 3, 7 — II, 533
43, 18, 1, 2 — II, 9
43, 18, 1, 3 — II, 388; 521
43, 18, 1, 4 — II, 521
43, 18, 1, 6 — II, 532; 539; 595
43, 18, 1, 9 — II, 388; 526; 532; 539; 542; 584
43, 19, 1 pr — II, 598
43, 19, 1, 1 — II, 588
43, 19, 1, 2 — II, 598
43, 19, 1, 7 — II, 588; 598
43, 19, 3, 3 — II, 598
43, 19, 3, 4 — II, 399; 595
43, 19, 3, 5 — II, 399; 595
43, 19, 3, 6 — II, 399; 595
43, 19, 3, 7 — II, 399
43, 19, 3, 8 — 189; II, 399; 595
43, 19, 3, 9 — II, 399
43, 19, 3, 10 — II, 595
43, 19, 3, 11 — II, 410; 537; 594
43, 19, 3, 12 — II, 597; 598
43, 19, 3, 13 — II, 588; 594; 597
43, 19, 3, 14 — II, 588; 594; 597; 598
43, 19, 3, 15 — II, 597; 598
43, 19, 4 — II, 598
43, 19, 5, 3 — II, 408; 410; 588
43, 19, 7 — II, 595
43, 19, 8, 3 — II, 405
43, 20, 1, 10 — II, 412
43, 20, 1, 19 — II, 412
43, 20, 1, 37 — II, 593
43, 20, 1, 42 — II, 400
43, 20, 3, 2 — II, 400
43, 20, 3, 4 — II, 410
43, 21, 3, 8 — II, 523; 565
43, 25, 1 pr — II, 580
43, 25, 1, 3 — II, 580
43, 25, 1, 4 — II, 533; 534; 580
43, 25, 1, 5 — II, 534
43, 25, 2, 1 — II, 580
43, 27, 1 pr — II, 597
43, 27, 1, 4 — II, 597
43, 27, 1, 5 — II, 523; 597
43, 27, 1, 7 — II, 597
43, 27, 1, 8 — II, 597
43, 27, 2 — II, 597
43, 31, 1, 1 — 425; 454
43, 32, 1, 4 — 449
44, 1, 7, 1 — 266 sqq; 270; 271; 273; 274; 275; 279; 283
44, 2, 2 — II, 64
44, 2, 15 — II, 313
44, 2, 17 — II, 584
44, 2, 20 — II, 641
44, 2, 21 pr — II, 641
44, 2, 30, 1 — II, 47
44, 4, 4, 30 — 451
44, 4, 5, 5 — 389 sqq; 397
44, 4, 7 pr — 401; 402; 414
44, 4, 7, 1 — 401; 402; 414

Digesta

44, 5, 1, 4 — 405
44, 5, 1, 5 — 405
44, 5, 1, 6 — 405; 415
44, 5, 1, 7 — 405
44, 5, 1, 8 — 405
44, 5, 1, 9 — 405
44, 5, 1, 10 — 391; 404; 405
44, 5, 1, 11 — 391; 404; 405
44, 5, 1, 12 — 405
44, 6, 3 — II, 144; 233
44, 7, 5 — II, 585
44, 7, 15 — II, 64
44, 7, 18 — II, 628
44, 7, 20 — 564
44, 7, 25 — II, 531
44, 7, 34 pr — 46
44, 7, 37, 1 — II, 574
44, 7, 44, 1 — 206
44, 7, 44, 4 — 387
44, 7, 51 — II, 624
45, 1, 1, 6 — 444
45, 1, 12 pr — 371
45, 1, 17 — II, 349
45, 1, 22 — 371
45, 1, 38, 16 — 378
45, 1, 38, 17 — 640
45, 1, 38, 20 — 368
45, 1, 45, 3 — 378
45, 1, 46 pr — 206
45, 1, 46, 1 — 378
45, 1, 55 — 357; 358
45, 1, 56, 2 — 353 sqq
45, 1, 56, 3 — 366; 371; 380
45, 1, 58 — II, 537
45, 1, 83, 6 — II, 344
45, 1, 91, 3 — II, 235
45, 1, 118, 2 — 358
45, 1, 122 — 614
45, 1, 122, 1 — 437; 447
45, 1, 122, 5 — II, 516
45, 1, 126, 2 — 367
45, 1, 131, 1 — 358
45, 1, 134 pr — 253
45, 1, 141, 1 — 387
45, 1, 141, 3 — 381
45, 1, 141, 5 — 381; 387
45, 1, 141, 6 — 381; 387
45, 1, 141, 7 — 381; 387
45, 1, 141, 8 — 381; 387
45, 1, 141, 9 — 381; 387
45, 3, 17 — II, 598
45, 3, 34 — 538
45, 3, 39 — 527; 542
46, 1, 5 — 156; II, 628
46, 1, 16 — 360
46, 1, 18 — 412
46, 1, 25 — 272
46, 1, 48, 1 — 270; 272; 273; 276; 289; 299
46, 1, 51, 4 — 270
46, 1, 71 pr — II, 518
46, 2, 1, 3 — 431
46, 2, 9, 2 — II, 598
46, 2, 12 — 397; 400; 402; 403

Digesta

46, 2, 18 — 422
46, 2, 19 — 270; 273; 274; 275; 279; 283
46, 3, 9 — 366; 369; 373
46, 3, 9 pr — 358
46, 3, 9, 11 — 358; 369
46, 3, 10 — 364; 377
46, 3, 12, 1 — 357
46, 3, 12, 3 — 358
46, 3, 18 — 373; 374
46, 3, 34, 2 — 387
46, 3, 36 — II, 628
46, 3, 38 pr — 353 sqq; 357; 373; 381; 387
46, 3, 38, 5 — 449
46, 3, 40 — II, 81
46, 3, 51 — 374
46, 3, 52 — 172
46, 3, 57, 1 — 360
46, 3, 81 pr — 357; 358
46, 3, 88 — II, 297
46, 3, 95 — 381
46, 3, 95, 1 — II, 557
46, 3, 95, 5 — 371; 380
46, 3, 95, 6 — 354; 374
46, 3, 95, 7 — 365; 366; 369
46, 3, 97 — 422
46, 3, 98, 2 — 270; 273; 275: 310
46, 3, 106 — 358
46, 4, 7, 8 — II, 573
46, 4, 8, 3 — 450
46, 4, 8, 4 — 444
46, 4, 11 — II, 572
46, 4, 13, 1 — II, 567; 598
46, 4, 13, 7 — II, 572
46, 4, 16 pr — II, 572
46, 4, 16, 1 — II, 572
46, 5, 1, 6 — 173
46, 5, 1, 10 — II, 311
46, 5, 7 — 172
46, 5, 9 — II, 311
46, 7, 20 — II, 516
46, 8, 3 pr — II, 28
47, 2, 17 — 309
47, 2, 19 — II, 85
47, 2, 19, 4 — II, 85
47, 2, 43, 3 — II, 49
47, 2, 43, 12 — II, 533
47, 2, 53, 25 — II, 85
47, 2, 55 pr — 435
47, 2, 61 pr — II, 158
47, 2, 65 — II, 346
47, 2, 69, 2 — 3
47, 2, 80, 7 — II, 160
47, 7, 5, 2 — 521
47, 7, 6, 2 — II, 528
47, 10, 5, 1 — 561
47, 10, 7 pr — 42
47, 10, 7, 5 — 42; 461
47, 10, 7, 6 — II, 593
47, 10, 7, 8 — II, 40
47, 10, 10, 17 — II, 592
47, 10, 11 pr — 43; 45 sqq
47, 10, 15, 24 — 240

Digesta

47, 10, 15, 25 — II, 579
47, 10, 15, 26 — II, 572; 579
47, 10, 15, 27 — II, 579
47, 10, 15, 28 — II, 579
47, 10, 16 pr — 46
47, 10, 17, 2 — 46
47, 10, 17, 4 — II, 163; 567; 568
47, 10, 17, 5 — II, 142; 567; 568
47, 10, 17, 6 — II, 567; 568
47, 10, 17, 8 — II, 568
47, 10, 17, 9 — II, 533
47, 10, 18 pr — 46
47, 10, 18, 2 — II, 121
47, 10, 37, 1 — II, 593
47, 11, 2 — II, 500
47, 11, 6 — 94
47, 12, 3 — 47
47, 14, 3 pr — 460
47, 22, 1 pr — II, 471; 474; 479; 488
47, 22, 1, 1 — II, 471; 488; 499
47, 22, 2 — II, 489
47, 22, 3 pr — II, 489
47, 23, 5 — II, 591
48, 1, 2 — 363
48, 2, 3 — II, 119; 141
48, 3, 14, 2 — 461
48, 5, 2 pr — II, 143
48, 5, 2, 2 — II, 119; 136; 143
48, 5, 5 — II, 143
48, 5, 6 pr — II, 121
48, 5, 6, 1 — II, 120; 121
48, 5, 7 — II, 120; 121; 136
48, 5, 8 — II, 124; 141
48, 5, 9 pr — II, 119; 121; 143
48, 5, 10, 1 — II, 120
48, 5, 10, 2 — II, 121
48, 5, 11 pr — II, 119; 120; 122
48, 5, 11, 1 — II, 120
48, 5, 11, 2 — II, 119; 120; 122
48, 5, 12 pr — II, 122
48, 5, 12, 1 — II, 120; 122; 125; 134; 136
48, 5, 12, 4 — II, 140
48, 5, 12, 8 — II, 142
48, 5, 12, 10 — II, 143
48, 5, 12, 11 — II, 143
48, 5, 12, 12 — II, 120; 121
48, 5, 13 — II, 120; 121
48, 5, 14 pr — II, 120
48, 5, 14, 1 — II, 125
48, 5, 14, 2 — II, 119; 121
48, 5, 14, 3 — 240; II, 120
48, 5, 14, 4 — 240; II, 120; 124; 125
48, 5, 14, 5 — 240; II, 121
48, 5, 14, 6 — 240
48, 5, 14, 7 — 240; II, 121
48, 5, 14, 8 — 240
48, 5, 14, 10 — II, 121
48, 5, 15 — II, 136
48, 5, 15, 2 — II, 142
48, 5, 16, 8 — II, 121; 143
48, 5, 16, 9 — II, 141

Digesta

48, 5, 18 pr — II, 143
48, 5, 18, 1 — II, 143
48, 5, 18, 2 — II, 143
48, 5, 18, 6 — II, 141; 143; 147
48, 5, 20, 2 — II, 143
48, 5, 20, 3 — II, 143
48, 5, 23, 1 — II, 121
48, 5, 24, 1 — II, 297
48, 5, 25, 3 — II, 124
48, 5, 27 pr — II, 143
48, 5, 28, 6 — II, 142
48, 5, 28, 16 — II, 120
48, 5, 29 — 409
48, 5, 30, 1 — II, 120
48, 5, 30, 2 — II, 120; 143
48, 5, 30, 5 — II, 121; 143
48, 5, 30, 6 — II, 119; 121; 140
48, 5, 30, 9 — II, 120
48, 5, 32 — II, 141
48, 5, 33, 1 — II, 141
48, 5, 34, 1 — II, 128
48, 5, 35 pr — II, 119; 120; 122; 127
48, 5, 36 — II, 120
48, 5, 38 — II, 121
48, 5, 39 pr — II, 121; 128; 132; 134
48, 5, 39, 1 — II, 120; 121; 122; 128; 129; 131; 132; 134; 135; 136; 138
48, 5, 39, 2 — II, 122; 129; 131; 133; 135; 137; 139
48, 5, 39, 3 — II, 120; 126; 127; 128; 129; 132; 136
48, 5, 39, 4 — II, 129; 131
48, 5, 39, 7 — II, 127; 131
48, 5, 39, 8 — II, 122
48, 5, 40, 1 — 143
48, 5, 40, 2 — 143
48, 5, 40, 3 — II, 143
48, 5, 40, 5 — II, 128; 141
48, 5, 40, 6 — II, 142
48, 5, 40, 7 — II, 124; 125; 141
48, 5, 40, 8 — II, 128; 142
48, 5, 41 — II, 143
48, 5, 45 — II, 139
48, 8, 3 — II, 296
48, 8, 8 — 325
48, 9, 3, 4 — 240
48, 10, 1, 8 — 11
48, 10, 14, 1 — 11
48, 10, 15 pr — 11
48, 10, 22 pr — 11
48, 10, 22, 4 — 537
48, 11, 1, 1 — II, 45
48, 11, 4 — 325
48, 11, 9 — 351
48, 13, 11, 3 — 294
48, 16, 1, 10 — II, 141
48, 18, 4 — II, 124; 126; 142
48, 18, 5 — II, 124; 128; 139; 142

Digesta

48, 18, 6 pr — II, 142
48, 18, 8, 1 — II, 142
48, 18, 17 pr — II, 121; 142
48, 18, 17, 1 — II, 121; 142
48, 19, 2 — 364
48, 19, 4 — II, 134
48, 19, 6, 2 — 363
48, 19, 28, 7 — II, 233
48, 19, 38, 5 — 325
48, 19, 39 — 325
48, 22, 14, 1 — II, 138
49, 1, 14 pr — II, 516
49, 1, 21, 1 — II, 517
49, 5, 5, 5 — II, 515
49, 5, 7, 6 — II, 535
49, 14, 1, 4 — II, 590
49, 14, 3, 10 — 140; II, 535
49, 14, 13, 7 — II, 553; 558
49, 14, 14 — II, 41
49, 15, 5, 3 — II, 148
49, 15, 7, 1 — II, 40
49, 16, 4, 7 — II, 120
49, 17, 18, 3 — II, 590
49, 17, 18, 5 — II, 590
50, 4, 6, 1 — 173
50, 9, 3 — 472
50, 12, 3 pr — 461
50, 13, 1, 3 — II, 147
50, 15, 1 pr — 451
50, 16, 2 — 178
50, 16, 22 — II, 168
50, 16, 28 pr — 529
50, 16, 40, 3 — 439
50, 16, 46, 1 — II, 121
50, 16, 53 — II, 627
50, 16, 56, 1 — 638
50, 16, 57 — 634
50, 16, 65 — II, 333
50, 16, 70 — II, 74; 333
50, 16, 85 — 461
50, 16, 101, 1 — II, 120
50, 16, 121 — 546
50, 16, 156, 1 — II, 521
50, 16, 167 — II, 147
50, 16, 176 — 171
50, 16, 183 — 561
50, 16, 188, 1 — 173
50, 16, 213 pr — 206
50, 16, 217, 1 — 629
50, 16, 218 — 180
50, 16, 219 — II, 531
50, 16, 238, 1 — 433
50, 16, 242, 3 — II, 10
50, 16, 246 — II, 168
50, 17, 15 — 526
50, 17, 25 — 174
50, 17, 37 — 57
50, 17, 42 — II, 221
50, 17, 43 pr — II, 47
50, 17, 55 — 84
50, 17, 116, 1 — 270
50, 17, 158 — 435
50, 17, 161 — II, 5
50, 17, 168 pr — 7; 24; 25

Digesta
50, 17, 173, 3 — 205; II, 97
50, 17, 203 — 97
50, 17, 204 — 174
50, 17, 206 — 97
50, 17, 242, 3 — II, 121
index Florent.
20, 13 — 428
25, 42 — 428
29, 6 — 428

Dio Cassius
epit.
53, 17 — II, 194
57, 22 — 362

Dionysius
2, 10 — II, 189; 192; 193
2, 15 — 319; 324; 327
2, 25 — 322; 325
2, 74 — II, 192; 193
3, 50 — 328
5, 19 — II, 192
5, 70 — II, 192
6, 27 — 175
6, 28 — 175
6, 41 — 176
6, 89 — II, 193; 194; 195
9, 22 — 324
10, 35 — II, 194
11, 43 — II, 189

Donatus
in Ter. Ad. pr., 4 — II, 512

Duodecim Tabulae
I, 6 — 179
I, 7 — 179
III, 1 — 505 sqq
III, 2 — 505 sqq
III, 3 — 505 sqq
VI, 1 — 510 sqq
VII, 11 — 177
VIII, 2 — 179
VIII, 4 — 55
XII, 1 — 176

Ecloga
2, 3 — II, 250
2, 38 — II, 243
4, 1 — II, 242; 243
4, 2 — II, 242; 243; 247
4, 3 — II, 242; 243
4, 4 — II, 242; 243
4, 5 — II, 242; 243
5, 2 — II, 243
5, 3 — II, 243
5, 4 — II, 243
5, 8 — II, 243
6, 8 — II, 243
6, 10 — II, 243
6, 12 — II, 243
8, 1 — II, 243
10, 2 — II, 243
12, 1 — II, 247
12, 5 — II, 247
12, 6 — II, 247
14, 5 — II, 246

Ecloga
14, 11 — II, 243
14, 12 — II, 243
14, 13 — II, 243
14, 14 — II, 243
14, 15 — II, 243
14, 16 — II, 243
15, 1 — II, 243

Ecloga ad Prochiron mutata
5 — II, 278
14, 6 — II, 278
32, 1 — II, 278

Ecloga privata aucta
1, 3 — II, 277
2, 10 — II, 277
4 — II, 277
5, 9 — II, 277
6, 2 — II, 277
6, 3 — II, 277
6, 4 — II, 277
6, 5 — II, 277
6, 6 — II, 277
6, 12 — II, 277
6, 14 — II, 277
6, 15 — II, 277
6, 16 — II, 277

Edictum Rotharis
204 — 317

Ennius (ed. Bachrens, Fr. poet. rom. ann.
8 (nº 187, 6-7) — II, 315

Epanagoge
praef. 1 — II, 238
2, 11 — II, 271
2, 12 — II, 271
13, 16 — II, 247

Epanagoge aucta
18, 36 — II, 273

Epitome legum
15, 17 — II, 260
24, 50 — II, 260
27, 38 — II, 261
28, 3 — II, 260; 279
28, 17 — II, 260; 279
28, 45 — II, 261; 279
31, 20 — II, 260

Eusebius
hist. eccl.
4, 8 — II, 483
4, 9 — II, 483; 485; 502
8, 1 — II, 501
9, 10 — II, 475
10, 5 — II, 498

Festus (ed. Mueller)
p. 15
Vº *Arbiter* — II, 574
p. 15
Vº *Arbitrarium* — II, 574
p. 15
Vº *Arbitrium* — II, 574
p. 115
Vº *Lapidem silicem* — II, 191

Festus (ed. Mueller)
p. 165
V° *Nexum aes* — 512; II, 324; 329
p. 166
V° *Nancitor* — 176
p. 171
V° *Nuncupata* — 177; 510
p. 174
V° *Noxa* — II, 322
p. 230
V° *Plorare* — II, 190
p. 277
V° *Renancitur* — 177
p. 318
V° *Sacer mons* — II, 188; 192; 193; 194; 195
p. 340
V° *Signare rem* — II, 177
p. 344
V° *Sacramento* — II, 188
p. 344-347
V° *Sacramentum* — II, 173; 190

Formulae
Andeg.
1 — 499
Arvern.
1 — 499
Bitur.
3 — 499
6 — 499
7 — 499
15 — 499
Marculf.
2, 37 — 499
Senon.
39 — 499
40 — 499
Senon. (append.)
1 — 500
Turon.
2 — 499
3 — 499
Turon. (addit.)
4 — 499
5 — 499
Wisig.
25 — 500

Fragm. byz. de obligat.
ed. Witte (Z. f. CR, 13, 392) — II, 530

Fragmentum de formula Fabiana
1, 4 — II, 513; 564
2 — II, 38
6 — II, 38
8 — II, 38

Fragmenta Vaticana
9 — II, 56
32 — II, 516
45 — II, 391
46 — II, 403; 532
47 — II, 524
47 *a* — II, 39
51 — II, 335
57 — 377; 381
61 — 190; 191; 377; II, 390; 404; 405; 529
46 — II, 576
62 — 190; 191; II, 337
63 — II, 337
65 — II, 569
71 — 530
75 — II, 553
78 — II, 335
82 — II, 335
83 — II, 332; 402
90 — II, 67; 581
91 — II, 399; 581
94 — 424
98 — II, 39
191 — II, 299
249 — II, 245; 458 sqq
249, 8 — II, 39
262 — 245; 246
263 — II, 451; 454; 457; 463
264 — II, 428; 453; 454
265 — II, 437
266 — 390; II, 39; 451
266 *a* — II, 457
267 — II, 457
268 — II, 451; 452
282 — II, 463
283 — II, 392
285 — II, 457
286 — II, 529
287 — II, 450; 457
288 — II, 457
293 — II, 451
296 — II, 432; 457
297 — II, 436; 457
298 — II, 39
302 — 240; 243
307 — 415
308 — 415
309 — 415
310 — 396; II, 450; 455; 463
311 — 396; II, 450; 463
312 — 396
314 — II, 422; 437; 448; 456
316 — II, 453
317 — II, 535
320 — II, 297
331 — II, 535
332 — II, 432

Gaius
inst.
1, 1 — 439; 440
1, 8 — II, 655
1, 9 — II, 652
1, 36 — II, 652
1, 37 — II, 652

Gaius
inst.

1, 48 — II, 652
1, 49 — II. 652
1, 53 — 116
1, 55 — II, 652
I, 59 — II, 124
1, 64 — II, 124
1, 104 — II, 652
1, 106 — II, 652
1, 107 — II, 652
1, 159 — II, 38
1, 161 — 362
1, 165 — II, 652
1, 166 — II, 653
1, 166*a* — II, 653
1, 167 — II, 38
1, 185 — II, 653
1, 190 — 145
1, 191 — 145
1, 192 — 145
1, 193 — 145
1, 194 — 145
1, 195 — 145
1, 196 — 145; II, 653
1, 197 — 145
1, 198 — 145
I, 199 — 145; II, 653
1, 200 — 145; II, 653
2, 1 — II, 653
2, 12 — II, 653
2, 21-27 — 436
2, 28 — II, 404; 542
2, 30 — 382; II, 524
2, 31 — II, 389; II, 582
2, 55 — 331
2, 60 — 422
2, 62 — II, 653
2, 63 — II, 653
2, 79 — 27; 30; 538
2, 86 — II, 653
2, 91 — 528; II, 230
2, 92 — 528
2, 93 — II, 527; 581
2, 98 — 640; 641
2, 104 — 3; 20; 21
2, 109 — II, 653
2, 119 — II, 38
2, 150 — 127
2, 155 — 643
2, 157 — 328
2, 158-160 — 331
2, 179 — II, 653
2, 180 — II. 653
2, 190 — 537; 540
2, 191 — II, 653
2, 197 — II, 5; 345
2, 205 — II, 38
2, 210 — II, 38
2, 214 — II, 653
2, 226 — II, 53; 653
2, 235 — II, 297
2, 238 — II, 297
2, 246 — II, 653

Gaius
inst.

2, 260 — II, 653
2, 280 — II, 269
2, 285 — 128
2, 286 *a* — II, 3
2, 296 — II, 531
3, 34 — II, 65
3, 39 — II, 653
3, 59 — II, 38
3, 62 — 128
3, 74 — II, 38
3, 79 — 623 sqq
3, 80 — 638; 642
3, 81 — 638; 642
3, 82 — II. 653
3, 85-87 — 641
3, 90 — II, 653
3, 93 — 439; 440; 444
3. 100-101 — 378
3, 114 — 386
3, 115 — II, 653
3, 120 — 440
3, 132 sqq — II, 117
3, 135 — II, 653
3, 139 — 255; 436; II, 653
3, 144 — II, 117
3, 148 — II, 653
3, 153 — 387
3, 159 — 387
3, 160 — 374; 387
3, 164 — 529
3, 165 — 529; II, 653
3, 173 — II, 327
3, 180 — 508; II, 624
3, 181 — II, 38; 624
3, 193 — 628
3, 220 — 628; II, 38
3, 221 — II, 38
3, 223 — 55
4, 1-2 — II, 562
4, 3 — II, 521; 523; 562; 574; 585
4, 4 — II, 562
4, 5 — II, 523; 562; 575
4, 7 — II, 583
4, 11 — II, 312
4, 12 — II, 171
4, 13 — II, 171; 173; 174; 171; 180; 184
4, 14 — II, 171; 173; 174
4, 15 — II, 171
4, 16 — II, 171; 173; 177; 181; 182; 186; 196; 315
4, 17 — II, 312
4, 19 — 182
4, 20 — II, 316
4, 21 — 508
4, 28 — 176
4, 34 — 642
4, 35 — 430; 638; 639; 642
4, 36 — 450; II, 533
4, 38 — 361

Gaius
inst.
4, 40 — 43; II, 638
4, 41 — 36; 37; 47; II, 88; 640
4, 42 — II, 38
4, 44 — 36; 37
4, 45 — 47 sqq; 58 sqq
4, 46 — 47 sqq; 58 sqq
4, 47 — 47 sqq; 58 sqq; II, 166; 167
4, 48 — II, 164; 165; 167; 177
4, 50 — II, 89
4, 53 — II, 90
4, 58 — 61
4, 59 — 61; II, 633
4, 60 — 35; 43; II, 633; 638
4, 64 — II, 96
4, 65 — 638; 642
4, 66 — 642
4, 68 — II, 96
4, 74 — 149
4, 75 — II, 653
4, 78 — 309
4, 81 — 642
4, 82 — II, 653
4, 83 — II, 636
4, 84 — II, 535
4, 93 — II, 183; 312; 518
4, 94 — II, 316
4, 95 — II, 312; 316; 317; 516
4, 102 — 626
4, 103 — II, 518
4, 106 — 61
4, 107 — 59
4, 109 — II, 516; 572
4, 110 — II, 83; 653
4, 114 — II, 165; 584
4, 115 — II, 653
4, 119 — II, 643
4, 126 — II, 653
4, 128 — II, 653
4, 130 — II, 624
4, 131 — II, 624; 637
4, 131 *a* — II, 397; 617; 624; 631; 633; 637; 638
4, 132 — II, 617; 625; 639
4, 133 — II, 615; 631; 634; 643
4, 136 — II, 89; 623; 624; 627; 633
4, 139 — 190; II, 389; 581
4, 140 — II, 166
4, 141 — II, 518; 564
4, 144 — 536; 641; II, 83
4, 145 — 642
4, 157 — II, 168
4, 162 — II, 168
4, 163 — II, 156; 168; 564; 569
4, 165 — II, 518; 562

Gaius
inst.
4, 166 — II, 562
4, 169 — II, 562
4, 172 — II, 187
4, 176 — II, 187
4, 177 — II, 563
4, 183 — II, 518
inst. paraphr. Augustodun.
91 — II, 637

Gellius
3, 16 — 351
4, 3 — 322
4, 3, 3 — 163
4, 4 — 237
5, 4 — 163
5, 19 — 323
6 (7), 10 — 161
6 (7), 15 — 225
7 (6), 5, 1 — 559
10, 10 — 244
10, 23 — 325
10, 28 — 318
15, 13, 11 — 505
20, 1, 12 — 55
20, 1, 42 — 505
20, 1, 46 — 179
20, 1, 47 — 179
20, 10, 7 — II, 315

Glossae
corp. gloss. lat.
2, 383, 27 — II, 552; 561
3, 337, 5 — II, 617
gloss. iurispr. cod. par. gr. *1357 A* — II, 561
gloss. Labb.
Otto, Th., 3, 1791 — II, 529

Grand coutumier
3 — 467

Gratius Faliscus
cyneg.
300 — 166; 167

Gregorius Turonensis
5, 17 — 317
7, 33 — 317

Harmenopulus
1, 13, 20 — II, 285
2, 4, 12 sqq — II, 283
3, 1, 16 — II, 284; 285
3, 1, 17 — II, 239; 284; 285
3, 7, 6 — II, 250
4, 7, 33 — II, 283
4, 9, 31 — II, 283
5, 8, 9 — II, 280

Herodianus
2, 4, 7 — II, 535

Hilarius
in psalm.
66, 6 — II, 561

Homerus
Ilias
3, 276 — II, 190
9, 141 — 235
13, 363 — 235
19, 258 — II, 190
Odyss.
14, 158 — II, 190
17, 155 — II, 190
18, 276 — 235
19, 304 — II, 190
20, 230 — II, 190

Horatius
epist.
2, 2, 158 — II, 58 sqq.
sat.
1, 3, 130 — 559
2, 6, 10 — 126

Inscriptions
Berliner Sitzungsber. 1897
665 n° 3 — II, 54
C. I. A.
II, 1105 — II, 54
C. I. G.
III, 4957, 25 — II, 59
C. I. L.
I, 197 (l. lat. tab. Bant.)
9 sqq. — II, 630
I, 198 (l. Acilia rep.)
60 — 171
61 — 171
64 — 171
75 — 171
I, 200 (l. agraria)
56 — 634; 639
I, 206 (l. Jul. mun.)
40 — 171
44 — 409
45 — 409
111 — 309
112 — 309
115 — 626
116 — 626
117 — 626
Suppl., 154 — II, 51
155 — II, 51
II, 1964 (l. Malacit.)
63 — 180
65 — II, 516
Suppl., 5439 (l. col. gen. Jul.)
61 — 506
91 — 173
III, 941 — II, 421
V, 2781 (ed. Const. de acc.) — II, 516

Inscriptions
VI, 3823 (s. c. de pago Mont.) — 182
VI, 10229 (test. Dasum.)
122-123 — 10
VI, 10241 (don. Flav. Artem.)
18 — II, 437
VI, 10247 (don. Stat. Iren.)
13 — II, 437
X, 1783 (aed. Putcol.) — II, 532
XI, 1146 (l. de Gall. cis.)
22 — II, 524
22, 46-47 — 626
XIII, 1668 (Sc. Claud. de i. hon. Gallis dando) — II, 553
XIV, 2112 (stat. coll. Lanuv.) — II, 476
Dittenberger, Sylloge ²
533 — II, 537
928 — 51
Loi de Gortyne
1, 17-23 — II, 313
4, 8 sqq. — 337
Rossi, Roma sotterranea
I, p. 105 — II, 476; 496; 497

Institutiones
Const. Imperat. maiest.
4 — II, 654; 655
5 — II, 654; 655
6 — 145; II, 654; 655
1, 1, 2 — II, 654; 655
1, 2, 12 — II, 655
1, 3 pr — II, 652
1, 6 pr — II, 652
1, 8 pr — II, 652
1, 9 pr — II, 652
1, 10 — II, 292
1, 10 pr — II, 304
1, 11, 7 — II, 304
1, 12 pr — II, 652
1, 16, 4 — 364
1, 18 pr — II, 653
1, 19 pr — II, 653
1, 20 pr — II, 653
1, 22 pr — II, 653
1, 24 pr — II, 653
1, 24, 2-4 — 144 sqq.
2, 1 pr — II, 653
2, 1, 25 — 27; 33
2, 1, 26 — 27; 33
2, 1, 39 — 140; II, 535
2, 2 pr — II, 653
2, 4, 1 — II, 334; 336; 344
2, 8 pr — II, 653

Institutiones
2, 8, 1 — 420
2, 9 pr — II, 653
2, 9, 4 — 528
2, 11 pr — II, 653
2, 11, 6 — 145; II, 583
2, 14 pr — 145
2, 14, 10 — II, 26
2, 16 pr — II, 653
2, 17, 1 — 330
2, 17, 2 — 330
2, 20 pr — II, 653
2, 20, 2 — 425
2, 20, 3 — 425; 454
2, 20, 12 — 422
2, 20, 36 — II, 297
2, 21 pr — II, 653
2, 22 pr — II, 653
2, 23 pr — II, 653
3, 7 pr — II, 653
3, 10 pr — II, 653
3, 14 pr — II. 653
3, 15, 1 — 444
3, 15, 2 — 206
3, 15, 4 — 204; 206
3, 19, 4 — 358
3, 19, 19 — 640
3, 19, 20 — 368
3, 20 pr — II, 653
3, 22 pr — II, 653
3, 23 pr — 254; 258; II, 653
3, 25 pr — II, 653
3, 26, 6 — II, 554
3, 26, 10 — 374
3, 27, 1 — II, 585
3, 28 pr — II, 653
3, 29, 3 *a* — 145
4, 3 pr — II, 653
4, 3, 16 — II, 545
4, 4, 18 — II, 119
4, 6, 1 — II, 516; 522; 575
4, 6, 2 — II, 314; 521; 523; 575; 581; 585
4, 6, 7 — 430; 446
4, 6, 11 — 149
4, 6, 12 — 149
4, 6, 13 — 349
4, 6, 27 — II, 165
4, 6, 28 — II, 160
4, 6, 29 — II, 160
4, 6, 30 — II, 95; 97; 160; 569
4, 6, 31 — II, 151; 153; 159 sqq; 162; 565; 567; 568; 569; 574; 584
4, 6, 32 — II, 85; 87
4, 6, 33 *c* — II, 152; 153; 566
4, 7, 5 — 149
4, 8 pr — II, 653
4, 10 pr — II, 653
4, 12 pr — II, 653
4, 13 pr — II, 653
4, 13, 1 — 149
4, 13, 10 — II, 629

Institutiones
4, 14 pr — II, 653
4, 15 pr — II, 653
4, 15, 4 *a* — 425; 454
4, 16, 1 — II, 187
4, 16, 8 — 149

Irnerius
summa codicis
4, 41 — II, 203

Isaeus
de Apoll. hered.
1 — 324

Isidorus
diff.
1, 456 — 162
de eccl. off.
2, 20, 8 — 244
orig.
5, 25 — 228; 229
5, 27 — 363
9, 7 — 242
19, 32, 4 — 244

Itala
Luc.
11, 39-41 — 89
Petr.
3, 15 — II, 561

Josephus
bell. jud. (vers. lat.)
1, 40, 9 — II, 561

Justinus
hist. philipp.
10, 1 — 459

Justinus
apol. (ed. Pautigny)
p. 147 — II, 483

Juvenalis
6, 25 — 242
6, 27 — 244
6, 204 — 244
15, 136 — 274

ΚΑΝΟΝΕΣ ΕΚΚΛΗΣΙΑΣΤΙΚΟΙ
16 — 462

Lactantius
de mort. persec.
34 — II, 475
48 — II, 475; 498

Lampridius
Alex. Sev.
22 — II, 504
43 — 70; II, 478
49 — II, 478
51 — 70

Leges regiae
Numa
3 — 324
9 — 324
10 — 324

Leges regiae
Romul.
3 — 324
4 — 324
5 — 324
6 — 324
7 — 324
Serv. Tull.
1 — 324
Tull. Host.
1 — 324

Lex agraria ; tabulae Bantinae ; etc. *Voy.* **Inscriptions.**

Lex Alamannorum
81 (84) — II, 315

Lex Quinctia
— 182

Lex Ribuaria
33, 1 — II, 187

Lex romana Wisigothorum
Euric
294 — II, 202
Recces.
5, 4, 7 — II, 202

Libanius
περὶ προστασιῶν — II, 226

Liber syro-romanus
Ar. 55 — 250
112 — II, 440
Arm. 57 — 250
111 — II, 440
L. 24 — II, 440; 449
69 — II, 440
91 — 250
P. 8 — II, 440
R. I 32 — 250
II 56 — 250
III 24 — II, 440
III 91 — 250

Livius
1, 27 — 328
3, 55, 7 — II, 192; 193
3, 38 — 161
3, 50 — II, 553
4, 4 — 325
4, 5, 2 — II, 184; 189
4, 53, 2 — II, 190
5, 24 — II, 591
6, 14, 5 — II, 326
6, 15, 5 — II, 329
7, 9 — II, 184
7, 9, 6 — II, 189
7, 11, 5 — II, 189
7, 21 — 176
7, 22 — 176
8, 9 — II, 183
8, 20, 8 — II, 192
8, 22, 3 — II, 119
8, 28, 9 — II, 320; 321
9, 24, 4 — II, 189
9, 29, 4 — II, 184
9, 43, 4 — II, 189

Livius
10, 21, 4 — II, 189
10, 31, 9 — II, 119
10, 38, 4 — II, 193
18, 10 — 161
24, 1 — 161
28, 11 — II, 592
28, 34 — 161
31, 17 — II, 183
32, 26 — II, 184
33, 22 — 161
33, 30-31 — II, 553
35, 2, 8 — II, 189
37, 51 — 161
40, 26, 7 — II, 189
43, 16, 3 — 639
45, 44, 2 — 639
Epitome Livii (éd. Kornemann)
col. 2, l. 39 — 274

Lucretius
3, 971 — II, 59

Macrobius
sat.
I, 16, 36 — 327
2, 13 — II, 183
3, 7, 5 — II, 189; 193; 194

Martial
8, 59, 11-14 — 561

Masuer
pract. for.
4, 4 — 469
4, 6 — 469

Menander
ἐπιτρέποντες
285-290 — 161

Michael Attalensis
43 — II, 276

Nonius (ed. Merc.)
p. 439 — 242

Novella Athan. patriarch.
(J.G.R., III, p. 628) — II, 279; 280

Novella Constant. Porphyr.
(J.G.R., III, p. 258) — II, 259

Novella Iren.
(J.G.R., III, p. 55 sqq) — II, 246 sqq

Novellae Justiniani
4, 1 — 146
7, 3, 2 — II, 522
15, 3 — II, 253
22, 3 — 119
22, 43 — II, 4; 7; 9; 31; 33; 34
22, 44 — II, 4; 34
22, 44 pr — II, 30
22, 44, 1 — II, 10
22, 44, 6 — II, 7; 33
22, 44, 9 — II, 33
52 — II, 279
73, 1-2 — II, 248
73, 4 — II, 249

Novellae Justiniani
73, 7 pr — II, 249
73, 7, 1 — II, 249
73, 7, 2 — II, 238; 245; 249
73, 7, 3 — II, 244; 249
73, 8, 1 — II, 249
73, 9 — II, 248
90, 1 — II, 247
90, 2 — 20
105 — II, 257
113, 3 — II, 300
119, 1 — II, 266
120, 6 — II, 267
123, 6, 2 — II, 267
127, 2 — II, 253
143 — 489
162 — II, 278
167 — II, 253

Novellae Leonis VI
1, 71 — II, 258
5 — II, 276
6, 1 — II, 255
7 — II, 264
13 — II, 262
15 — II, 276
18 — II, 263
19 — II, 263
20 — II, 263
23 — II, 262
24 — II, 262
27 — II, 262
32 — II, 263
34 — II, 263
35 — II, 263
44 — II, 259; 267
46 — II, 252; 256
48 — II, 256; 263
49 — II, 263
50 — II, 237 sqq.
51 — 124
53 — II, 263
59 — II, 256; 262; 263
60 — II, 263
61 — II, 263
65 — II, 250
66 — II, 264
67 — II, 264
70 — II, 264
71 — II, 267
72 — II, 250; 264
77 — II, 264
78 — II, 256
84 — II, 244
89 — II, 256; 276
90 — II, 257
92 — II, 276
95 — II, 239; 257
96 — II, 264
99 — II, 264
102 — II, 276
105 — II, 264
114 — II, 252; 276
116 — II, 255; 281
118 — II, 255

Novellae Theodosii
2, 16, 1, 1 — 13
14, 1 — 249

Novellae Valentiniani III
13, 10 — II, 253
15, 3 — II, 244

Olim (éd. Beugnot)
III, 9, p. 1148 — 467

Ovidius
ars amat.
1, 168 — 163
2, 378 — 166
fast.
3, 74 — 166
3, 134 — 162
3, 218 — 162
5, 600 — 168
heroid.
9, 51-52 — 459
14, 114 — 459
met.
2, 38 — 166
7, 620 — 166
trist.
1, 3, 60 — 162
1, 13, 9 — 162

Papinianus
fragm. Paris.
3 — 127

Papyri
B. G. U.
313 — 433; 453
316 — 433; 453; II, 438
326 (test. Long. Cast.) — 16
970 — II, 54
1072 — II, 55
Bruns, Fontes[7]
p. 363 (emtio praedii) — II, 438
Pap. Bouriant
Mitteis-Wilcken, Chr., 2, 2, 96 — II, 514
Pap. Lips.
1 — II, 52
Pap. Lond.
II, 102 — 433
III, 257 — 433
Pap. Magd.
29 — II, 390
Pap. Oxy.
215, 39 — 433
907, 18 — II, 54
1034 — II, 54
Pap. Soc. ital. p. l. ricerca d. pap. greci
I, 55 — II, 529

Paulus
sententiae
1, 4, 3 — II, 49
1, 7, 4 — II, 572
1, 11, 2 — II, 527
1, 13*a*, 4 — II, 397
1, 19, 1 — II, 512
2, 5, 3 — II, 96; 97; 98
2, 13, 3 — II, 56
2, 14, 6 — II, 49
2, 17 — II, 523
2, 19, 10 — 249
2, 20, 1 — II, 120
2, 21*b*, 2 — II, 119
2, 23, 7 — 249
2, 24, 5 — 337
2, 24, 6 — 337; 340; 346
2, 24, 7-10 — 337
2, 26, 14 — II, 122
2, 26, 15 — II, 136; 139
3, 4*a*, 3 — II, 124
3, 6, 17 — II, 392
3, 6, 24-25 — II, 527
3, 6, 27 — II, 527
3, 8, 4 — II, 569
4, 1, 11 — II, 423; 448; 462
4, 14, 1 — II, 557
5, 4, 3 — II, 593
5, 4, 14 — II, 122
5, 5*a*, 8 — II, 409
5, 6, 8 — II, 392
5, 6, 13 — II, 597
5, 10, 2 — II, 379
5, 23, 2 — 325
5, 26, 4 — 422; 450
5, 33, 2 — II, 553
5, 33, 9 — 570

Platon
de rep.
5 — 326

Plautus (1)
Amph.
Prol. 67-68 — 182
85 — 183
1, 3, 3 (501) — 326
Aulul.
2, 2, 77-79 (255-257) — 242

Plautus
Asin.
1, 3, 51 (203) — 168
Bacch.
4, 8, 38 (879) — 178
4, 9, 133 (1056) — 163; 166
Capt.
2, 2, 5 (255) — 168
2, 3, 72-73 (432-433) — 161
2, 3, 76 (436) — 166
3, 1, 12 (472) — 168
3, 4, 122 (655) — 161
3, 4, 118 (651) — 168
4, 2, 7 (787) — 168
5, 1, 18-19 (938-939) — 161
Casin.
Prol. 75 — 163
Curcul.
2, 3, 77 (356) — 161
3, 88-89 (458-459) — 210
5, 2, 14 (612) — 233
5, 2, 21 (619) — 225; 233
5, 2, 74 (674) — 242
Epid.
5, 2, 34-36 (699-701) — 163
Menaechm.
4, 2, 23-24 (592-593) — II, 316
Miles
4, 1, 11-14 (957-960) — 243

(1) Les collaborateurs des *Mélanges P. F. Girard* qui ont cité Plaute ont suivi des méthodes différentes dans la notation de leurs références. Aussi a-t-on cru devoir ici, pour toute citation, renvoyer, non seulement, comme on le fait d'ordinaire, au numéro d'ordre du vers cité, mais encore à l'acte et à la scène dont il est extrait. La numérotation a été uniformément ramenée à celle que donne Leo dans son édition classique (*Plauti comoediae*, Berolini, 1895) : ainsi s'expliquent les quelques différences qu'on pourrait relever entre les références du texte et les références correspondantes de la Table.

P. H.

Plautus
Mostell.
4, 2, 63 (978) — 229
4, 3, 18-31 (1010-1025) — 231
5, 1, 35 (1083) — 232
5, 1, 37 (1085) — 232
5, 1, 50 (1099) — 232
Persa
4, 4, 119-120 (670-671) — 231
Poen.
1, 1, 53-58 (181-186) — 225
1, 1, 58 (186) — 639
3, 1, 54-61 (558-564) — 225
3, 4, 27 (737) — 225
3, 5, 40 (785) — 225
5, 4, 72 (1242) — 163
5, 5, 6 (1285) — 161
5, 5, 56 (1335) — 225
5, 6, 14 (1351) — 225
Pseud.
1, 1, 84-85 (84-85) — 161; 163
1, 3, 118 (352) — 210
1, 3, 139-142 (373-376) — 229
4, 7, 124-125 (1222-1223) — 233
Rudens
Prol. 46 — 210
2, 6, 70-72 (554-556) — 230
2, 7, 23 (581) — 161; 166
3, 4, 7 (712) — 163
3, 6, 22-24 (860-862) — 230
5, 1, 3 (1283) — 232
5, 2, 47 (1334) — II, 183
5, 3, 24 (1380) — 163
5, 3, 25 (1381) — 269; 274; 280

Plautus
Trinumm.
2, 4, 98-103 (478-483) — 242
2, 4, 170-172 (550-552) — 242
Trucul.
3, 2, 19-22 (687-690) — 243

Plinius (l'Ancien)
7 — 351
18, 3, 12 — II, 193
33, 12 — 244
33, 28 — 161

Plinius (le Jeune)
epist.
6, 5, 4 — 3
6, 31, 5 — II, 122; 124
7, 18 — II, 536
ad Traian. (1)
(10), 3 — II, 457
(10), 34 — II, 471; 474
(10), 55 (63) — II, 49
(10), 84 — 127
(10), 93 — II, 474
(10), 96 — II, 471; 474; 479; 480
panegyricus
47 — II, 535
64 — II, 191

Plutarchus
Cato maior
1 — 318
Coriol.
18 — II, 194
Lycurg.
16 — 319
Poplic.
12 — II, 194; 195
quaest. rom.
50 — 322
Romul.
22 — 325; II, 192

Pollux
8, 142 — II, 52

Polybius
3, 25, 6 — II, 191

Porphyrio
in Hor. Sat.
I, 3, 130 — 559

Practica ex actis Eustathii Romani (Πεῖρα)
6, 15, 16 — II, 269
14, 18 — II, 269
15, 10 — II, 269
16, 20 — II, 269
17, 14 — II, 269
24, 4, 5 — II, 269

(1) La correspondance de Pline avec Trajan a été citée tantôt comme formant le livre 10 des Epist. de Pline, tantôt comme constituant un recueil indépendant.

Practica ex actis Eustathii Romani (Πεῖρα)
25, 3 — II, 269
25, 22, 68 — II, 268
28, 3, 6 — II, 269
43, 4 — II, 269
45, 12 — II, 250
44, 1 — II, 269
46, 4 — II, 269
49, 2 — II, 269
49, 3 — II, 269
49, 4 — II, 269
51, 16, 29 — II, 269
53, 2 — II, 241; 257; 259
61, 4 — II, 269
64, 1 — II, 269
65, 1 — II, 269
66, 25 — II, 269

Prochiron Basilii
Praef. 3 — II, 258

Prochiron legum
5 — II, 274

Prochirum auctum
1, 28 — II, 279
1, 29 — II, 279
7, 32 — II, 279
8, 125 — II, 279
13, 6 — II, 279
13, 7 — II, 279
13, 8 — II, 279
13, 12 — II, 279
13, 14 — II, 279
13, 16 — II, 279
paratitlon 24 — II, 279

Psellus
synops.
564 sqq — II, 529; 543; 546
573 — 151

Publilius Syrus
9 — 168
87 — 168
116 — 168
407 — 168
472 — 168

Quintilianus
inst. orat.
3, 6, 18 — II, 592
7, 2, 52 — II, 141
7, 5, 2 — II, 635
7, 5, 3 — II, 635

Quintilianus (Pseudo-)
declam. maiores
3, 3 — II, 190
declam. minores
306 — 326
336 — 274
343 — 274

Ruricius
epist.
1, 2 — II, 561

Sabinus (Aulus) (1)
epist.
1 — 166
2 — 166

Sallustius
Catil.
23 — II, 43

Schol. Sinaïtica
4 — II, 298
5 — 428; II, 544
22 — II, 294
30 — II, 294
34 — II, 294
35 — II, 294
40 — II, 294
43 — II, 294

Schol. in Pseudo-Theophilum (éd. Ferrini)
p. 30 — 144

Seneca (l'Ancien)
controversiae
3, 1 — 274
6, 1 — 274
9, 26 — 326

Seneca (le Jeune)
de benef.
3, 7 — II, 156
5, 10, 1 — II, 51
6, 32 — II, 122
de ira
1, 15 — 326
dialog.
7, 24 — 131
epist.
95, 35 — II, 189

Servius
in Verg. Æn.
1, 41 — II, 322
2, 104 — II, 193
6, 609 — II, 192
7, 693 — II, 189
8, 1 — II, 189
in Verg. Ecl.
3, 31 — 163

Sidonius Apollinaris
4, 24 — 421

Spartianus
Hadrian.
1 — 436
Sever.
17, 1 — II, 504

Stobaeus
floril.
75, 14 — 326
77, 7, 8 — 326
84, 2 — 326

Strabon
17, 2, 12 — 127

(1) Angelus Quirinus Sabinus. Cf. Glaeser, *Rhein. Mus.*, I, 437.

Suetonius
Aug.
34 — 240
65 — 326; II, 122
Calig.
5 — 326
Caes.
52 — 322
Claud.
22 — II, 183
27 — 326; 327
de grammat.
7, 21 — 326; 327
Galba
16, 2 — II, 189
Nero
17 — 12
31 — 125
Tiber.
35 — II, 120
50 — II, 122

Synopsis (maior)
A, 15, 3 — II, 265
Γ, 2 — II, 265
Γ, 5 — II, 266
Γ, 5, 1 — II, 266
Δ, 6, 2 — II, 265
Δ, 41 — II, 265
Δ, 41, 14 — II, 284
E, 7, 8 — II, 265
E, 11, 1*a* — II, 252; 260; 267
K, 16, 39 — II, 265
Π, 13, 7 — II, 283
Π, 29, 26 — II, 265
Π, 29, 56 — II, 265

Synopsis (minor)
B, 47 — II, 275
K, 25 — II, 275
N, 1 sqq — II, 265
Σ, 13 — II, 275
Φ, 29 — II, 275

Tacitus
ann.
1, 37 — II, 189
1, 77 — 363
2, 30 — II, 142
2, 48 — 127
2, 50 — II, 122
3, 24 — II, 122
4, 42 — II, 122
6, 2 — 128
6, 17 — II, 49; 50
6, 19 — 128
11 — 322; 326
16, 1, 33 — 125
German.
13 — 317
hist.
1, 15 — 324
1, 36 — II, 183
2, 74 — II, 183
3, 58 — II, 188

Terentius
Andr.
1, 3, 14 (219) — 326
3, 1, 6 (464) — 326
4, 4, 1 sqq (740 sqq) — 326
Heauton.
4, 5, 46 (794) — 161

Tertullianus
apolog.
6 — 244
37 — 79
39 — II, 472; 474; 479; 507
ad nat.
1, 6 — II, 483
ad Scap.
3 — II, 475
adv. Prax.
26 — II, 552; 561
ad uxorem
— 111
de idol.
16 — 327
23 — II, 554
de ieiun.
13 — II, 507
scorp.
8 — II, 561
11 — II, 552; 561

Testamentum Mannanis
. — 13

Theophanes
chronogr.
1, 43 — II, 245

Theophilus (Pseudo-)
paraphr. Inst.
1, 24, 2 — 143
2, 3, 4 — 198; II, 391
2, 7, 2 — II, 261; 279
3, 12 pr — 623 sqq; 642
4, 5, 13 — 348
4, 6, 2 — II, 523; 539; 540; 541; 546; 561
4, 6, 7 — 433
4, 6, 11 — 149
4, 6, 12 — 149
4, 6, 27 — II, 168
4, 6, 29 — II, 545
4, 6, 33 — II, 156; 163
4, 7, 5 — 149
4, 16, 8 — 149

Tibullus
4, 13, 17 — 166

Très ancienne coutume de Bretagne
101 — 465

Ulpianus
disp. (Fragm. Argent.)
11 — 148
regulae
1, 11 — II, 39
1, 21 — II, 348
2, 4 — II, 5

Ulpianus
regulae
2, 5 — II, 5
3, 4 — II, 39
3, 5 — II, 39
5, 6 — II, 121
5, 7 — II, 123
5, 8 — 325
6, 2 — II, 39
6, 6 — II, 39
7, 4 — II, 39
8, 4 — II, 39
10, 1 — II, 39
10, 20 — II, 294; 299
11, 26 — II, 39; 370
11, 28 — II, 39
14 — II, 10
17, 1 — II, 33
17, 2 — 128
19, 21 — 530
20, 6 — II, 39
20, 14 — II, 39
20, 16 — II, 39
22, 19 — 330
22, 27 sqq — 609
22, 32 — II, 39
24, 7 — II, 531
24, 11 — II, 345
24, 17 — II, 297
24, 18 — II, 297
24, 21 — 537
24, 28 — II, 39
25, 15 — 332
28, 1 — II, 39
28, 7 — 127

Valerius Maximus
2, 9, 2 — 325
4, 1 — II, 183
4, 33 — 163
7, 7, 2 — II, 188
8, 2, 4 — 225
11, 1 — 322

Valerius Probus
excerpta Eins.
18 — II, 166
litt. sing.
3, 9 — II, 119
5, 24 — 627

Varro
de l. lat.
5, 175 — 228; 229
5, 180 — II, 173
5, 182 — 213
5, 183 — 512; 515
6, 69 — 238
6, 70 — 238
6, 71 — 238
6, 72 — 238
6, 73 — 238
7, 73 — 516; 517
7, 105 — 510 sqq; II, 320; 324; 327
10, 3 — II, 28

Velleius Paterculus
2, 23 — II, 43

Vergilius Maro
ecl.
3, 31 — 163 sqq

Victorinus Petabionensis
adv. haereses
11 — II, 554

Vita Euthymii
1, 18 — II, 255
2, 1 — II, 255
7, 26 — II, 255

Xenophon
anab.
5, 9, 25 — 632

TABLE DES MATIÈRES

KRUEGER (Hugo), *professeur à l'Université de Münster :*
Die *cautio Muciana*. . . . . p. 1

KRUEGER (Paul), *professeur à l'Université de Bonn :*
Ueber die Einwirkung der *Notae iuris* auf fehlerhafte Ueberlieferung der Juristenschriften. . . . . p. 35

KUEBLER (B.), *professeur à l'Université de Berlin :*
Ueber eine Stelle aus der Rede des Cicero für den Cecina. . . . . p. 43

LENEL (Otto), *professeur à l'Université de Fribourg-en-Brisgau :*
Die Aktivlegitimation beim Interdictum *Quod legatorum* . . . . . p. 63

LEONHARD (R.), *professeur à l'Université de Breslau :*
Die actio *de incerta quantitate* . . . . . p. 85

LONGO (C.), *professeur à l'Université de Pavie :*
Sulla natura della *merces* nella *locatio conductio* . . . . . p. 105

LOTMAR (Ph.), *professeur à l'Université de Berne :*
Lex Iulia de adulteriis und *Incestum* . . . p. 119

MARZO (Salv. di), *professeur à l'Université de Pise :*
Sopra alcuni casi di revoca dei fedecommessi. p. 145

MAY (G.), *professeur à l'Université de Paris :*
Observations sur les actions arbitraires . . p. 151

MAYR (R. von), *professeur à l'Université de Prague :*
Das *sacramentum* der *legis actio*. . . . . p. 171

MEYNIAL (Ed.), *professeur à l'Université de Paris :*

Des conditions requises au Moyen-Age pour l'application de la rescision de la vente pour lésion d'outre-moitié. . . . . p. 201

MITTEIS (L.), *professeur à l'Université de Leipzig :*

Ueber den Ausdruck « *Potentiores* » in den Digesten. . . . . p. 225

MONNIER (H.), *professeur à l'Université de Bordeaux :*

La Novelle L de Léon le Sage et l'insinuation des donations. . . . . p. 237

MORIAUD (P.), *professeur à l'Université de Genève :*

Du consentement du père au mariage en droit classique. . . . . p. 291

NABER (J. C.), *professeur à l'Université d'Utrecht :*

De in rem actione legitima et per sponsionem. p. 309

PACCHIONI (G.), *professeur à l'Université de Turin :*

Nexum. . . . . . p. 319

PAMPALONI (M.), *professeur à l'Université de Pise :*

La nuda proprieta nella dottrina dei legati. p. 331

PEROZZI (S.), *professeur à l'Université de Bologne :*

Un paragone in materia di comproprieta. . p. 355

RABEL (E.), *professeur à l'Université de Goettingue :*

Zu den sogenannten praetorischen Servituten. . . . . p. 387

RICCOBONO (S.), *professeur à l'Université de Palerme :*

La C. 1 Cod. *de donationibus* VIII, 53 e la forma delle donazioni a *personae exceptae.* p. 415

SALEILLES (R.), *professeur à l'Université de Paris :*

L'organisation juridique des premières communautés chrétiennes . . . . . p. 469

SEGRÈ (Gino), *professeur à l'Université de Parme :*

La denominazione di *actio confessoria* in particolare per la rivendicazione dell' usufrutto e delle servitù . . . . . p. 511

WENGER (L.), *professeur à l'Université de Munich :*
Das römische Recht an den deutschen Universitäten. . . . . p. 601

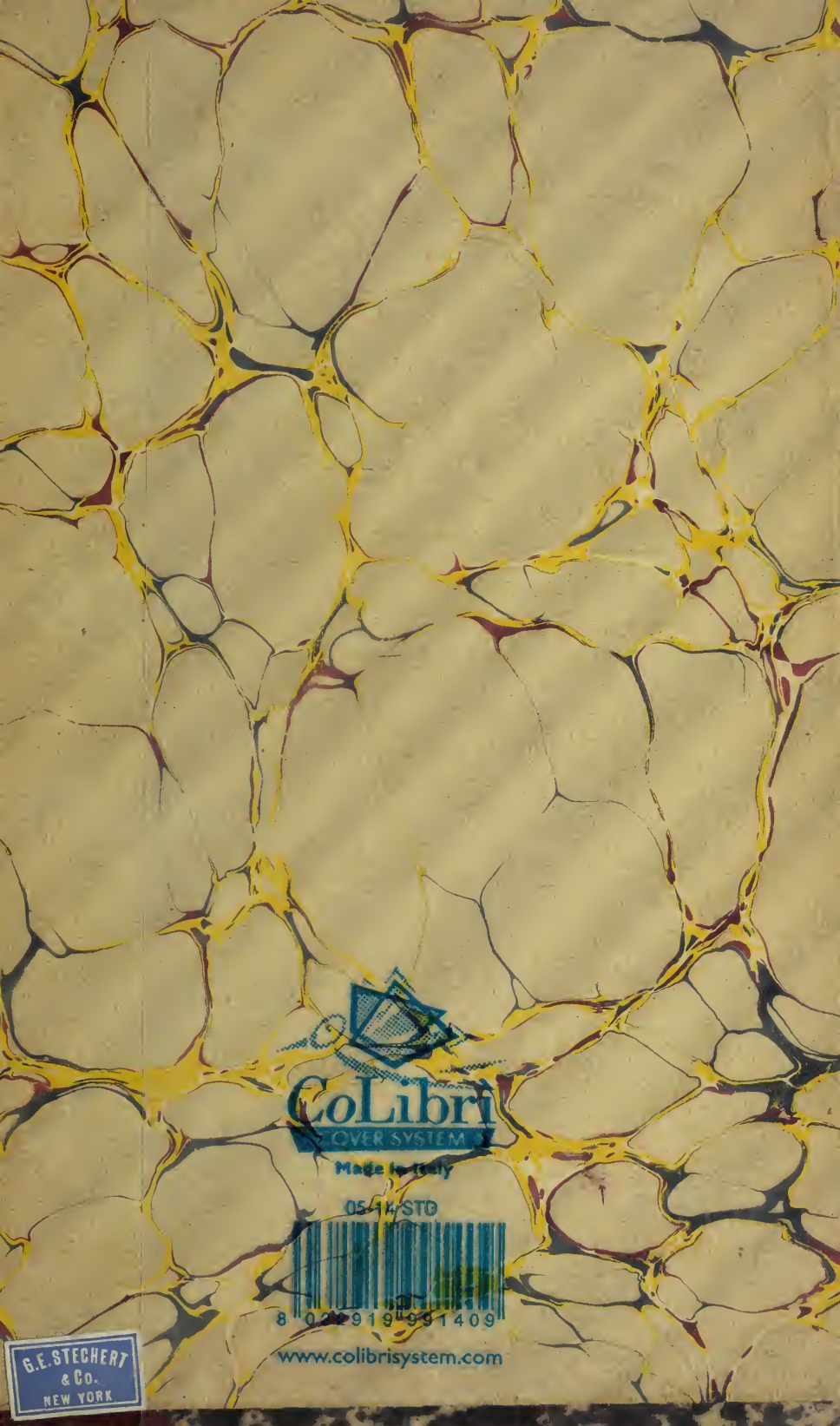
WLASSAK (M.), *professeur à l'Université de Vienne :*
« *Ea res agatur* » . . . . . p. 615

ZOCCO-ROSA (A.), *professeur à l'Université de Catane :*
I resultati d'una nuova Palingenesia delle Istituzioni di Giustiniano. . . . . p. 645

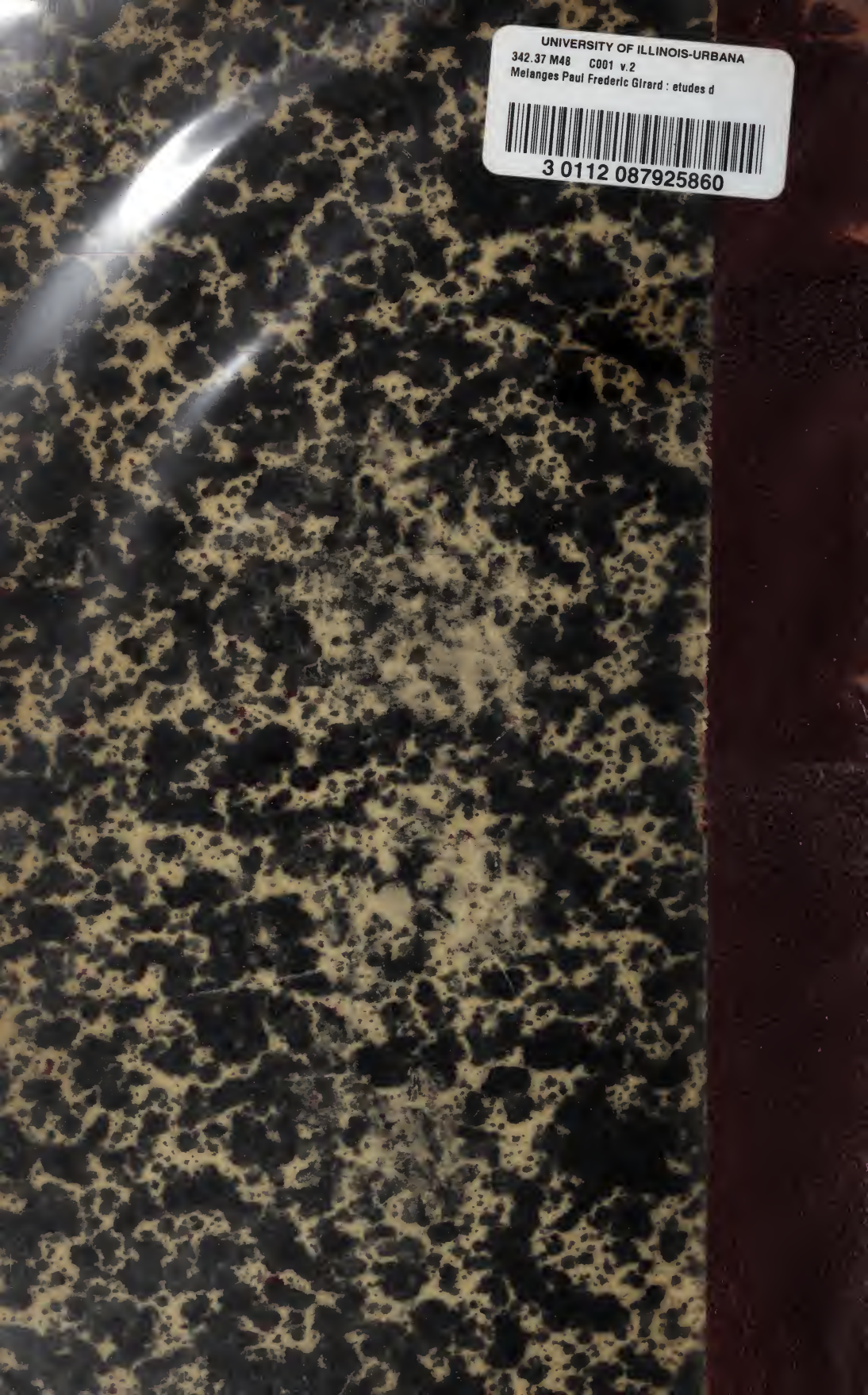
Table alphabétique des matières. . . . . p. 659

Table alphabétique des textes cités. . . . . p. 667

BAR-SUR-SEINE. — IMPRIMERIE Vᵉ C. SAILLARD.



G.E. STECHERT
& Co.
NEW YORK


UNIVERSITY OF ILLINOIS-URBANA
342.37 M48 C001 v.2
Melanges Paul Frederic Girard : etudes d
3 0112 087925860